~~A~~
T. germ.
181.bo

Civilistische Versuche

im

Gebiete

des

Preussischen Rechtes

von

L. Schröter.

Erster Band. Erstes Heft.

Zweite verbesserte und um das Doppelte vermehrte Ausgabe.

Berlin, 1837.
Verlag von Carl Heymann.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Sr. Hochwohlgeboren

dem

Königlichen Kammergerichts-Präsidenten

und

Geheimen Ober-Justiz-Rath

Herrn von Grolmann,

Ritter des rothen Adler-Ordens III. Klasse, des eisernen Kreuzes I. Klasse, und mehrerer andern hohen Orden

ehrfurchtsvoll gewidmet.

Die lichtvolle Weise, mit welcher Ew. Hochwohlgeboren die geistreichsten und gelehrtesten Debatten leiten und entscheiden, hat mir mehr als die gelehrtesten Werke gezeigt, wie unsere Gesetzgebung geistig aufzufassen ist, und so halte ich mich daher auch verpflichtet, meinen ersten schriftstellerischen Versuch Ew. Hochwohlgeboren zu widmen. — Schmeichele ich mir auch nicht schon mit diesem ersten Hefte Dero Beifall ganz würdig mich zu zeigen, so hoffe ich doch von dem regen Eifer, der mich

beseelt, in den folgenden Heften zeigen zu können, daß mein Bestreben nicht erfolglos geblieben.

Mit der tiefsten Verehrung unterzeichne ich mich

Ew. Hochwohlgeboren

Berlin, den 1. Septbr.
1835.

dankbar gehorsamster
L. Schröter.

Vorrede
zur zweiten Ausgabe.

So erfreulich auch der schnelle Absatz der ersten Auflage meiner Schrift mir erscheinen muß, bin ich doch nicht so verblendet zu verkennen, daß ich die günstige Aufnahme meines ersten Versuches, mehr der seit Kurzem rege gewordenen Theilnahme für vaterländisches Recht, als meinem Talente zu verdanken habe. Aufmunternder dürfte es für mich sein, daß meine Ansichten, so weit sie bisher besprochen worden sind, Eingang gefunden, und zum Theile die Richtigkeit derselben auch aus den Materialien des A. L. R. sich ergeben hat. Aber auch dieses kann ich nur wenig mir zum Verdienste anrechnen, da unser Recht bisher leider so sehr vernachläßigt worden ist, daß das Auffinden neuer Wahrheiten nicht eben zu den Schwierigkeiten gehört. Wenn ich aber auch mir das Verdienst nicht beilegen kann, etwas Tüchtiges geleistet zu haben, so kann ich mir doch nicht das Bewußtsein versagen, durch meine Arbeit nützlich gewesen zu sein. Ich habe manche Irrthümer berichtigt, und zur richtigeren Verständniß unserer Gesetzgebung hie und da beigetragen, und so hielt ich es auch der Mühe werth, meine frühere Arbeit verbessert und vermehrt der Oeffentlichkeit von Neuem zu übergeben. Ich habe mich zwar nicht ver-

anlaßt gefunden, irgend eine frühere Meinung zurückzunehmen, doch mußte Vieles, was nur angedeutet gewesen, mehr ausgeführt, und noch mehr, Vieles stärker begründet werden.

Nur diejenigen Aufsätze, die bisher noch nicht zur Diskussion gekommen, habe ich vorsätzlich unabgeändert beibehalten. Von den übrigen ist der größte Theil ganz neu bearbeitet, und die anderen haben mehr oder weniger Abänderungen erlitten. Mehrere sind ganz neu hinzugekommen. So hat die Bogenzahl sich verdoppelt, ohne daß die einzelnen Aufsätze zu langen Abhandlungen geworden sind. Lange Abhandlungen zu schreiben, muß ich gestehen, ist mir nicht möglich. Ich besitze nicht Geist genug, um hiemit über einzelne Materien mehrere Bogen zu füllen, bin aber auch nicht ganz so unfähig, daß ich, wie Mancher, bogenlanges Gewäsch vorbringen könnte, ohne meiner Unwissenheit hiebei selbst inne zu werden. Dem gründlichen mir ganz unbekannten Rezensenten meiner Aufsätze in der Jur. Zeit. bin ich wegen mancher Untersuchung, zu denen mich seine Bemerkungen veranlaßten, vielen Dank schuldig, doch konnte ich leider sein Urtheil nicht für richtig anerkennen. Ich habe weder den Scharfsinn und die Originalität in meinen Aufsätzen finden können, die derselbe entdeckt zu haben glaubt, noch habe ich mich von den Fehlern überzeugt, in die ich verfallen sein soll. Richtig ist es, wenn er meiner Arbeit die Tendenz beilegt, auf die emancipation unserer Gesetzgebung von dem unwürdigen gemeinrechtlichen Joche hinzuarbeiten. Wie er aber dazugekommen meinen Muth zu rühmen, mit dem ich den verjährten Vorurtheilen entgegengetreten, begreife ich nicht gut. Ich habe noch nie das Bedürfniß des Muthes gefühlt, wenn es um Wahrheit und Recht sich gehandelt, und als Preuße sollte ich des Muthes bedürfen, um preußisches Recht in Preußen zu vertheidigen? Ist es nicht das größte Verdienst der Preußen, das erste Volk Europens gewesen zu sein, das sich ein eigenes Recht gegeben?

Ein Deutscher war es, der den mächtigen Römer-Arm gebrochen, und die Welttyrannei gestürzt. Ein Deutscher

war es, der das Gewebe des geistlichen Roms zerrissen, als es zum zweiten Male die Welt umgarnte. Doch mit Luther starb der letzte deutsche Mann, und was die Allgewalt der lebenden Römer nicht vermochte, dies gelang dem todten Rom, im Grabe noch. Der Deutsche, der niemals dem Römerjoche sich gebeugt, gehorchte nunmehr blindlings Roms Gesetzen, und die Schatten der Römer waren die Gebieter Deutschlands. Das Schwerdt, mit welchem die Römer Welten niederhieben, ist deutscher Kraft zu entreißen gelungen, doch das Schwerdt, welches sie schlau der blinden Themis in die Hand zu drücken verstanden, wagte keine deutsche Macht zu entwinden.

Da lebte in Preußen ein neues Deutschland auf, und der große Preußenkönig vernichtete mit einem Federstriche jene grauenhafte Geisterherrschaft Roms, welche die Deutschen knechtete, und vor der jede Gewalt Europens sich beugte. Er hat der Themis den Staar gestochen, und das Römer-Schwerdt, welches der blinden Göttinn keine Macht der Welt zu entreißen vermochte, hat die hellsehend gewordene, von selbst mit Abscheu von sich geworfen. Die Heidinn hat sich bekehrt, sie ist Christinn geworden, und führt nur die Wage noch.

Dem großen Beispiele Preußens ist Frankreich und Oesterreich gefolgt, und die übrigen Völker sind mehr oder weniger hierin nachgetreten.

Mit der neuen Gesetzgebung Preußens ist eine Wiedergeburt Europens eingetreten, und die Völkerschaften sind erst zu Nationen geworden, seitdem sie nach ihren eigenen Rechten leben. Und um diese große und neue Schöpfung Preußens gegen die alten Trümmer Roms zu vertheidigen, sollte es des Muthes bedürfen? Wahrlich es ist untröstlich, zu den Enkeln zu gehören, und den Muth entbehren zu können, daß unsere Vorfahren den Kampf bereits ausgefochten, und uns zu thun fast nichts übrig gelassen. Die alte Welt ist todt, längst verstorben, ein wahrer Kampf ist unmöglich, und darum ein Sieg undenkbar. Wir können nur

noch die Todtengräber sein, das Einscharren allein ist uns geblieben. Was bedarf es mehr, bei dem längst zertrümmerten Gebäude, als die Abführung des Schuttes, was jeder Tagelöhner kann. In diesem Sinne wünsche ich die Tendenz meiner Arbeit verstanden zu sehen, welcher bald viele andere und umfassendere folgen werden. Was ich jedoch vom fremden Rechte als Gesetzgebung gesagt, wünsche ich nicht von der Wissenschaft zu verstehen. Die wissenschaftlichen Leistungen in diesem Rechte waren seegensreich, und die großen Schöpfungen eines v. Savigny waren nicht nur für Vergangenheit und Gegenwart von unermeßlichem Nutzen, sondern sie werden es auch für die Nachwelt sein. Er hat die deutschen Juristen denken gelehrt, und was auch Tüchtiges für das vaterländische Recht geschehen sollte, muß mittelbar als sein Werk betrachtet werden. Hiemit glaube ich jedem Mißverständnisse meiner Tendenz vorgebeugt zu haben. Zurechtweisungen in der Sache selbst werden mir, sie mögen auch noch so tadelnd sein, willkommen erscheinen, wenn sie nur von Sachkenntniß zeigen. Grundlose absprechende Urtheile, wie man sie in unseren Pfennig-Blättern findet, werden hoffentlich einem gebildeten juristischen Publikum nicht zur Schau gestellt werden. Sollte es wider Erwarten dennoch der Fall sein, so werde ich sie der Beachtung nicht werth halten. Dergleichen juristische Analphabeten sind durch eine Replik nicht zu belehren. Es ist ein vieljähriger Unterricht hiezu erforderlich, und auch dieser ist oft vergebens.

Die folgenden Hefte an deren Herausgabe meine bis zum Erdrücken überhäuften Geschäfte mich bisher verhinderten, sollen nun gleichzeitig mit meinem bereits im Drucke befindlichen Systeme des preußischen Rechtes erscheinen.

Berlin, den 1. Juni 1837.

Der Verfasser.

Vorwort
zur ersten Ausgabe.

Wenn das Anfertigen neuer Schriften bei der überreichen Literatur in allen Fächern des Wissens, heut zu Tage immer einer Entschuldigung bedarf; — so dürfte doch eine Schrift über preußisches Recht einer solchen überhoben sein. — Der Mangel an Literatur wird dem preußischen Rechte so laut und so allgemein zum Vorwurfe gemacht, daß auch der schwächste Versuch diesem Vorwurfe zu begegnen nicht unverdienstlich erscheinen dürfte; — zumal das tägliche Erscheinen dickbändiger Werke über das bei uns längst verstorbene, — aber leider noch nicht zu Grabe gebrachte, gemeine Recht, selbst in Preußen beifällig aufgenommen wird. —

Zwar könnte es scheinen, als dürfte eine lebende Gesetzgebung, wie die preußische einer Literatur wohl entbehren, weil das Leben selbst der beste Kommentar, und die praktische Anwendung die gründlichste Erläuterung ist; — allein so einflußreich auch die Praxis sein dürfte, immer ist sie nur der juristische Dialekt einzelner Gerichtshöfe. — Ein gemeinsames Recht kann stets wie eine gemeinschaftliche Sprache nur durch Literatur erzielt werden. Die Oeffentlichkeit ist das wahre Leben, sie giebt selbst dem todten Rechte ein Dasein, wenn auch nur ein mumienartiges. — Jede andere Regsamkeit einer Wissenschaft gleicht dem Leben im Mutterleibe, die Wissenschaft bleibt ein **embryo**, so lange sie nicht durch Literatur an's Tagelicht gebracht wird. —

Wenn nun aber hiedurch das Schriftstellern über preußisches Recht überhaupt als etwas Zweckmäßiges dargestellt ist, so dürfte ich auch meinen Beruf zum Schriftstellern weiter nicht zu rechtfertigen haben.

Im Nützlichen sich zu versuchen ist eine Pflicht, ein Bedürfniß, und setzt keinen Beruf voraus. — Ich fühle zwar, daß unter der großen Anzahl der ausgezeichneten preußischen Juristen sehr viele die von mir besprochenen Rechtsmaterien, unendlich geistreicher und gründlicher behandelt haben würden; — allein wenn der anderweitige Beruf oder sonstige Rücksichten diese Männer vom Schriftstellern abhält, so dürfte der Versuch eines weit weniger Berufenen deshalb noch nicht getadelt werden. —

Mehr dürfte ich die Art und Weise meines Auftretens, den Ton meiner Sprache vielleicht zu entschuldigen haben. — Ich habe zu oft Ansichten, die ich für falsch gehalten mit all zu großer Heftigkeit angegriffen und dabei in meinem Eifer für die Sache das Ansehen der Personen vergessen, von welchen diese Ansichten ausgegangen. — Es könnte daher den Anschein haben, als dächte ich geringer von diesen Männern als sie es verdienten; — deshalb sehe ich mich zu der Erklärung veranlaßt, daß ich mehr als irgend einer die Männer achte, welche ich zu widerlegen mich nothgedrungen fühlte; doch war es mir nicht möglich das Ansehn der Person auf die Sache überzutragen, und halte ich es auch für gar keine Herabsetzung des Verdienstes, wenn man Männern im Einzeln Fehlerhaftes nachweiset, deren Leistungen sonst höchst verdienstlich sind. —

Sollte ich auch in der Sache Unrecht haben; so wird jede Zurechtweisung mir erwünscht sein, so streng sie auch sein möchte. — Uebrigens sind viele dieser Aufsätze schon vor Jahren einzeln in der Juristischen Zeitung erschienen, und inzwischen zum großen Theile sowohl die Resultate als die Gründe derselben oft wörtlich in Schriften Anderer übergegangen, jedoch, nicht immer, mit Angabe der Quelle. Dies glaube ich deshalb erwähnen zu müssen, damit es nicht das Ansehn habe, als hätte ich jene sonst höchst achtungswerthen Schriftsteller hie und da abgeschrieben.

Schließlich habe ich noch zu bemerken, daß diese Auf-

sätze in fortlaufenden zwangslosen Heften fortgesetzt werden sollen, von welchen 3 Hefte immer einen Band bilden werden. —

Die vielen Druckfehler bitte ich damit zu entschuldigen, daß ich beim Drange meiner Geschäfte sowohl die Reinschrift als die Correctur Andern überlassen mußte.

Berlin, den 1. September 1835.

Der Verfasser.

Inhalt
des ersten Heftes.

		Seite	Seitenz. der alt. Ausgabe.
I.	Gehört das Retentionsrecht zu den dinglichen Rechten	1	58
II.	Von der culpa in faciendo.	4	71
III.	Können Eigenthums-Klagen durch Nichtgebrauch verjähren?	8	83
IV.	Stehen dem unredlichen Besitzer nach A. L. R. possessorische Rechtsmittel zu? Und was ist der landrechtliche Begriff des Besitzes?	12	5
V.	Kennt das Allg. Landrecht ein testamentum parentum inter liberos.	18	86
VI.	Befreiet das bloße Anerbieten der Erfüllung, oder erst die gerichtliche Disposition vom Casus?	23	53
VII.	Von fremden zum Darlehne gegebenen Gelde.	25	104
VIII.	Verdient der Hinterbringer einer Injurie vollen Glauben? . . . . . . , .	28	112

		Seite	Seitenz. der alt. Ausgabe.
IX.	Verjährung durch Nichtgebrauch. . .	30	3
X.	Wann kann man sich mit Rechtsunkunde entschuldigen?	36	9
XI.	Von der Collision der Gesetze hinsichts der Zeit.	47	17
XII.	Gehört das gesetzliche Vorkaufs=Recht zu den dinglichen Rechten?. . . .	64	64
XIII.	Steht dem Nutzungsberechtigten eine dingliche Klage zu?	68	54
XIV.	Collision der Gesetze hinsichts des Ortes.	77	33
XV.	Kann die actio confessoria gegen jeden Dritten angestellt werden?	95	52
XVI.	Muß bei der actio confessoria und negatoria dem redlichen Besitzer das pretium erstattet werden?	97	—
XVII.	Kennt das Allg. Landrecht ein legatum partitionis.	101	90
XVIII.	*) Ist der Käufer eines Grundstückes, welcher die auf demselben haftenden hypothekarische Schulden übernommen, den nicht zugezogenen Gläubigern persönlich verpflichtet? . . .	106	81
XIX.	Von der Socinischen Cautel	110	50
XX.	Ersetzt die 30 jährige Verjährung den Mangel an Titel oder nur die Mangelhaftigkeit desselben?	111	45
XXI.	Wann nimmt eine Verjährung ihren Anfang?	118	7
XXII.	Von der erwerbenden Verjährung der Servituten.	126	—
XXIII.	Vom titulus pro herede	133	—

*) Durch ein Versehen des Setzers ist dieser Aufsatz statt mit XVIII. mit XVII. bezeichnet worden, ebenso wiederholt sich die Bezeichnung XXIII. und XXIV. irrthümlicherweise, was der nachsichtige Leser gütigst entschuldigen wolle. Von No. XXVIII. an geht alles wieder in Ordnung.

		Seite	Seitenz. der alt. Ausgabe.
XXIV.	Kann der eingetragene Besitzer, wenn er auch nicht Eigenthümer wäre Eigenthum übertragen, und jura in re rechtsbeständig konstituiren?	139	—
XXV.	Der Besitz ist die ausschließliche Quelle der dinglichen Rechte	146	—
XXVI.	Kann über Muthmaßungen ein Eid zugeschoben werden?	152	102
XXVII.	Von den Interventions-Klagen der Ehefrauen wegen eingebrachter Mobilien	154	119
XXVIII.	Von der Obligatio naturalis des A. L. R.	161	—
XXIX.	Kennt das A. L. R. eine successio ordinum et graduum bei der Querela inofficiosi testamenti?	175	115
XXX.	Erwerbende Verjährung der Rechte . .	180	94
XXXI.	Macht nach A. L. R. die litis contestatio den b. f. p. zum malae fidei possessor?	186	99
XXXII.	Kennt das A. L. R. ein jus oder dominium revocabile ex tunc?	190	70
XXXIII.	Von der compensatio doli	197	107
XXXIV.	Vom Mangel und der Mangelhaftigkeit der schriftlichen Form.	203	—
XXXV.	Von der Verjährung rechtsanhängig gewesener Klagen	208	79
XXXVI.	Berechtigt metus, dolus und error nach A. L. R. zu einer persönlichen oder dinglichen Klage?	213	1
XXXVII.	Von der Collision der Rechte . . .	218	60
XXXVIII.	Von der Verpflichtung des Verkäufers zur Eigenthums-Uebertragung . . .	223	—

Druckfehler.

Seite	2	Zeile	9	v. u.	lies	Frachtgelder	statt	Frachtgeldern
—	3	—	11	—	—	sondern	—	sonder
—	4	—	11	v. o.	—	Verhältnissen	—	Verhältnissen
—	7	—	11	v. u.	—	§. 17. I. 6.	—	§. 17. I. 6.
—	8	—	8	—	—	erwirbt	—	erwerbt
—	11	—	1	—	—	77. I. 17.	—	77. I. 19.
—	12	—	1	v. o.	—	dividundo	—	dividendo
—	28	—	2	v. u.	—	welches	—	welcher
—	39	—	11	v. o.	—	610. I. 9.	—	510. I. 9.
—	95	—	7	v. u.	—	zusteht	—	zugesteht
—	96	—	17	—	—	hätten	—	hat
—	103	—	9	—	—	partitiarius	—	partiarius
—	109	—	13	v. o.	—	wollten	—	wollte
—	113	—	4	—	—	Dem	—	dem
—	122	—	17	—	—	§. 521. I. 9.	—	5. I. 9.
—	123	—	13	—	—	filius familias	—	filius familius
—	125	—	14	—	—	Rechts=Verletzung	statt	Rechts=Vergeltung
—	128	—	4	v. u.	—	ein	statt	einen
—	148	—	2	—	—	No. 12 u. 32	—	No. 16 u. 26
—	149	—	9	—	—	Unkenntniß	—	Umkenntniß
—	150	—	1	v. o.	—	nicht erachtet	—	erachtet
—	—	—	20	—	—	eigentlichen	—	eigentliche
—	161	—	3	—	—	Billigkeit	—	Willkühr
—	168	—	11	v. u.	—	naturales	—	naturalis
—	181	—	4	—	—	betrachten	—	betrachtet
—	182	—	12	v. o.	—	so hat es	—	so hat
—	189	—	11	—	—	sollte	—	solle
—	206	—	11	—	—	muß man	—	muß

I. Gehört das Retentionsrecht zu den dinglichen Rechten?

Nach römischem Rechte war bekanntlich das Retentionsrecht noch weniger als ein persönliches Recht. Es konnte nur durch eine exceptio doli geltend gemacht werden, und kam, bis auf wenige Ausnahmen, nur bei obligationes naturales vor, besonders bei impensis.

Das Allgem. Landr. handelt das Retentions-Recht bei der Lehre vom Pfandrechte ab, und dies hat Manchen verleitet, demselben einen dinglichen Karakter beizulegen. Selbst Bornemann hatte früher diese Ansicht. Rechts-Gesch. S. 10. Ganz besonders bemüht sich Herr Ober-Landesgerichts-Rath Rintlen in v. Kamptz Jahrbüchern, die Dinglichkeit des Retentions-Rechts zu verfechten. Wir finden dieses jedoch nicht so ganz einleuchtend, da dasselbe sowohl seiner Entstehung nach, als hinsichts seiner Wirkungen unendlich von den dinglichen Rechten verschieden ist.

Ein dingliches Recht entsteht, wenn mit einem Rechte zur Sache der Besitz verbunden wird §. 124. 135. I. 2. der Retentions-Berechtigte aber hat kein Recht zur, sondern nur aus oder wegen einer Sache §. 335. 539. I. 20.

Bei dinglichen Rechten ist ferner der Besitz eine Folge des Rechtes, beim Retentions-Rechte aber das Recht eine

Folge des Besitzes. §. 136. I. 20. Auch ist bei dinglichen Rechten der persönliche Anspruch der Titel und der Besitz der modus adquirendi des dinglichen Rechtes §. 131—135. I. 2. Beim Retentions-Rechte aber ist der Anspruch des Berechtigten kein Titel, sondern das völlig erworbene Recht selbst, und der Besitz keine Erwerbungs-Art, sondern nur ein Mittel zur Sicherung des bestehenden Rechtes. Endlich haben dingliche Rechte eine Sache zum Gegenstande, §. 126. I. 2., das Retentions-Recht aber eine Leistung.

Was nun aber erst die Wirkungen betrifft, so verschwindet vollends jede Aehnlichkeit. Die Hauptwirkung des dinglichen Rechts ist, daß dasselbe auch gegen jeden dritten redlichen Besitzer verfolgt werden kann, das Retentions-Recht aber kann selbst ope exceptionis dem Dritten nur in so fern entgegen gesetzt werden, als dieser sich durch eine Vindication offenbar mit dem Schaden des Retinirenden bereichern würde. §. 545 — 548. I. 20. Hierbei aber kommt der Dritte als persona obligata in Betracht, und seine Qualität als Dritter verschwindet gänzlich. Eine Vindication dagegen steht ihm ganz und gar nicht zu; denn es ist dieselbe oder vielmehr das possessorium §. 148. I. 7. ihm nur gegen den gegeben, welcher ihn durch Gewalt oder List entsetzt hat, §. 559 — 565. I. 20., und nicht einmal gegen den unredlichen Besitzer, obschon gegen diesen selbst dem persönlich Berechtigten eine Vindication zusteht.

Nur dem Schiffer ist Ausnahmsweise aus seinem Retentions-Rechte wegen Frachtgeldern eine Vindication gegen den dritten redlichen Besitzer gegeben, die aber schon in 6 Tagen verjährt. §. 1722 — 1726. II. 8.

Endlich erlischt auch das Retentions-Recht im Konkurse gänzlich, und der Berechtigte muß die Sache herausgeben, ohne irgend ein Vorzugsrecht zu erlangen §. 566. I. 20., während dingliche Rechte keinesweges durch den Eintritt des Konkursus erlöschen. §. 377. I. 50. Ger. Ordnung.

Wenn nun aber nichts einem dinglichen Rechte, wie

wir vielfach gesehen haben, unähnlicher ist, als das Retentions-Recht: wie kommt man nun zu der Annahme, daß das Retentions-Recht ein dingliches sey? Gewiß aus keinem anderen als dem oben angegebenen Grunde, daß das Retentions-Recht im Tit. 20. neben dem Pfandrechte vorkommt. Allein im Tit. 20. wird auch das vertragsmäßige Vorkaufs-Recht abgehandelt, welches doch gewiß kein dingliches Recht ist. Besonders aber würde dies für Hrn. R. nichts beweisen, da er doch den Gebrauchs-Rechten die Dinglichkeit abspricht, obschon dieselben vorzugsweise in Tit. 19., der ausschließlich von dinglichen Rechten handelt, vorkommen. §. 185. I. 21.

Erwägt man nun noch, daß die Retention gar kein Recht, sondern nur ein Rechtsmittel und zwar eine Art Selbstvertheidigung, gleichsam ein außergerichtlicher Arrest ist, wie dieß auch §. 55. I. 44. Allg. Gerichts-Ordnung und §. 541. I. 20. Allg. Landr. anerkannt wird; so begreift man nicht gut, wie von der Dinglichkeit desselben die Rede sein konnte. Wie soll eine erlaubte Selbstvertheidigung, eine bloße exceptio, denn mehr ist denn auch im Allgem. Landrechte die Retention nicht, ein dingliches Recht erzeugen, wenn selbst der gerichtliche Arrest-Schlag nichts dem Aehnliches hervor zu bringen vermag? Es dürfte übrigens jetzt das Gesagte wenig mehr bezweifelt werden, da nicht nur Thöne Bd. I. S. 150. u. v. Rönne Bd. I. S. 559. dem beigetreten sind, sonder auch Bornemann in seinem Systeme seine frühere Ansicht geändert und ganz in unserem Sinne sich ausspricht. Bd. I. S. 545. u. f. Hr. P. R. meint zwar in der Jurist. Zeitung Bd. 4. S. 1074. 1075. es gäbe einige qualifizirte Retentions-Rechte, die von größerer Wirksamkeit wären. Dem ist jedoch nicht so. Das daselbst angeführte Retentions-Recht der Allodialerben an Lehn- und Fideikommißgütern existirt gar nicht, wie die §§. 600. I. 18. und §. 211. II. 4. ergeben, und das Retentions-Recht des Verpächters und Vermiethers geht bekanntlich mit der Ausübung in ein Pfandrecht über. Was endlich noch das von Hrn.

P. R. angeführte Retentions-Recht des Werkmeisters betrifft. §. 974. I. 11. A. L. R. so ist dasselbe dem Werkmeister ausschließlich für den Fall des Konkursus gegeben und kann es wohl nicht als eigenthümlich erscheinen, daß es im Konkurse nicht erlischt, da es außer dem Konkurse gar nicht existirt, und der Werkmeister nach §. 932. I. 11. nicht eher Zahlung fordern kann, bis er das Werk dem Besteller übergeben hat.

II. Von der culpa in faciendo.

Bekanntlich wird bei Beurtheilung der culpa in Kontrakts-Verhältnissen, sowohl nach R. R. als nach A. L. R. vorzüglich auf den Vortheil gesehen, welchen die Kontrahenten aus dem in Rede stehenden Geschäfte ziehen. Diese Berücksichtigung, glaubt Bornemann (Rechtsgeschäfte S. 404. sqq.) fände bei einer culpa in faciendo, d. h. bei einer aus Versehen unternommenen Handlung, sowohl nach R. R., als nach A. L. R. nicht Statt. Vielmehr muß nach seiner Ansicht bei einer aus Versehen begangenen positiven Thätigkeit jeder Grad der culpa vertreten werden. Für das R. R. wird dies als bekannt vorausgesetzt, und nur für das A. L. R. wird die Behauptung zu beweisen versucht.

Wir glauben jedoch trotz der geistreichen Deduktion Bornemanns, dieses in beiden Rechten nicht finden zu können.

Die Eintheilung der culpa in faciendo und omittendo, d. h. in Versehen, welche nachtheilige Handlungen, und in Versehen, welche nachtheilige Unterlassungen zur Folge haben, ist bekanntlich zuerst von Donellus ins Leben gerufen worden. Dieser ist aber nicht so weit gegangen, Kontrahenten für jede culpa in faciendo verantwortlich zu machen. Vielmehr will er daß bei der Beurtheilung der culpa in faciendo eben so wie bei der culpa in omittendo, stets darauf gesehen werde, zu wessen Vortheil das Gschäft geschlossen wurde, und nur hinsichts der diligentia

quam in suis rebus unterscheidet er zwischen beiden Arten der culpa. (Donell comment. jur. civ. lib. XVI. cap. 7.)

Bei der lex aquilia wird zwar nach Donellus, wie nach allen andern Lehren des R. R. auf den Grad der culpa nicht gesehen; allein die lex aquilia handelt, wie das sattsam bekannt ist, nur von Verhältnissen außerhalb des Kontraktes. In neuerer Zeit hat Hasse die Eintheilung der culpa in faciendo et omittendo ganz verworfen (Hasse §. 27 — 35.), und nur den Unterschied zwischen Kontrakts-Culpa und Aquilische angenommen, und die letztere nur auf solche Fälle beschränkt, wo durch eine widerrechtliche Handlung die Substanz einer Sache verletzt wird. (Hasse §. 4. 5. 35.)

Die culpa in faciendo aber mit der Aquilischen für identisch zu halten, wie dies B. thut, hat meines Wissens noch Niemand versucht.

Was nun aber das A. L. R. betrifft, so ist einer Eintheilung der culpa in culpa in faciendo et omittendo nirgends erwähnt, und der Verfas. der Rechts-Geschäfte sucht dies nur aus der Analogie des R. R. aus der Natur der Sache, und aus einigen, meines Erachtens nicht ganz passenden §§. zu deduciren (Rechts-Geschäfte I. c.). Was wir von der Analogie des Röm. Rechts halten, ist bereits gezeigt. Was die Natur der Sache anbelangt; so findet B. es für nothwendig, daß Handlungen, welche schon außerhalb des Vertrages vertreten werden, in Vertrags-Verhältnissen um so mehr vertreten werden müssen, da der Handelnde durch das obligatorische Verhältniß noch strenger verpflichtet wird. Dieses auch bei Hasse sich findende Argument wäre auch ganz richtig, wenn hiermit gesagt sein sollte, daß derjenige, welcher speziell zur Unterlassung verpflichtet ist, durch Uebertretung größere Verantwortlichkeit auf sich lade, als derjenige, welcher außerhalb des Vertrages unbefugter Weise in fremde Angelegenheiten sich mischt. Allein hätte B. dies sagen wollen: so bedurfte es keiner weitläuftigen Deduktion, indem es vielfach im A. L. R.

ausgesprochen ist, daß derjenige, welcher die Grenzen des Vertrages überschreitet, für jedes Versehen, in der Regel sogar für **casus** haften soll. §. 251. 279. I. 21. §. 14. I. 14. §. 50. I. 13. §. 808. I. 11, u. s. w.

Auch wäre ein solches Versehen nicht mehr innerhalb des Vertrages, sondern außerhalb des Vertrages begangen. Der berühmte Verf. der Rechts-Geschäfte wollte aber offenbar weiter gehen, und deduciren, daß man für jede aus Versehen begangene Handlung in Vertrags-Verhältnissen, wie außerhalb des Vertrages verantwortlich ist. Dieses scheint uns jedoch aus der Natur der Sache nicht hervorzugehen. Wenn die Gesetze bestimmen, daß schädliche aus Versehen vorgenommene Handlungen stets ohne Rücksicht des Grades des Versehens vertreten werden müssen; so liegt dies allerdings in der Natur der Sache, weil der Handelnde nicht berufen war, in fremde Angelegenheiten sich zu mischen, und mithin auch für jedes Versehen bei einem solchen unbefugten Verfahren haften muß. Wer aber aus Versehen schädliche Handlungen vornimmt, wo er zu handeln verpflichtet oder doch berechtigt war, kann unmöglich unbedingt verantwortlich sein. Vielmehr muß ganz so, wie bei Unterlassungen aus Versehen auch bei der **culpa in faciendo** auf die allgemeinen Regeln von der Prästation der **culpa** zurückgegangen werden. Daher bestimmt das A. L. R.

I. daß ein Mandatar, welcher bei der Auswahl eines Substituten ein Versehen begangen hat, nur dasselbe wenn es ein mäßiges ist, vertreten müsse. §. 39. 46. I. 3.

Nach Bornemann müßte dagegen in einem solchen Falle, da eine **culpa in faciendo** hier vorliegt, jedes Versehen vertreten werden.

II. wird verordnet §. 100. I. 14. daß der Richter, bei der Auswahl eines Sequesters oder eines Ortes zur Deposition, nur ein mäßiges Versehen zu vertreten hat, obschon das in Rede stehende Versehen eine **culpa in faciendo** ist,

III. haftet der Richter bei Bestellung des Vormundes und der Vormund bei Prüfung der Sicherheit der ausgeliehenen Kapitalien nur für ein mäßiges Versehen, §. 301. 472. II. 18.

IV. haften Kaufleute und eben so Sachverständige wegen ihrer Empfehlungen bald nur für ein grobes, bald nur für ein mäßiges Versehen, §. 704. sqq. II. 8, §. 217. I. 13. A. L. R. obschon ein solches Versehen stets nur eine culpa in faciendo sein kann.

Aehnliche Beläge finden sich an sehr vielen anderen Orten, z. B. §. 58. I. 17. §. 211. I. 12. §. 461. I. 9. A. L. R., nirgends aber eine entgegenstehende Bestimmung.

Der §. 7. I. 3., welchen Bornemann für sich anführt bestimmt freilich:

> So weit eine Handlung frei ist, werden die unmittelbaren Folgen derselben allemal vertreten.

Allein eine Handlung ist nur frei, wenn man sie unterlassen kann, bei Verträgen ist man aber zu handeln verpflichtet, und es kann mithin nicht verlangt werden, daß bei solchen unfreien Handlungen jede Folge vertreten werde. Noch weniger kann man mit B. in den §. 277. bis 284. I. 5., welche von Versehen bei Erfüllung eines Vertrages handeln, ausschließlich die culpa in omittendo finden, und dann weiter den Schluß ziehen, die culpa in faciendo muß nach den Regeln des 6ten Titels beurtheilt werden. Vielmehr kann man aus dem §. 17. I. 5. in welchem es heißt:

> „Was wegen der bei Verträgen zugefügten Schäden Statt findet, wird im vorhergehenden Titel bestimmt,"

den Schluß ziehen, daß die Bestimmungen des Titels 5. sowohl von culpa in faciendo als omittendo handeln. Die Richtigkeit des Gesagten ist auch jetzt in Kochs Recht der Forderungen Bd. I. S. 250. u. f. anerkannt. Auch Bornemann scheint sich in seinem Systeme Bd. I. S. 310. hiezu zu bekennen.

III. Können Eigenthums-Klagen durch Nichtgebrauch verjähren?

Im Römischen Rechte konnten bekanntlich Eigenthums-klagen, d. h. die rei vindicatio und die actio negatoria exstinctiv verjähren; desgleichen auch im kanonischen Rechte, nur ist in diesem Rechte nach Einigen b. f. erforderlich. Auch das französiche Recht läßt bei allen dinglichen Rechten die Verjährung zu Art. 2262. und da das A. L. R. keine spezielle entgegengesetzte Vorschrift aufzuweisen hat; so scheint es, als stimme es mit diesen Rechten überein. Eine solche Annahme wird auch scheinbar durch den §. 29. I. 19. unterstützt, nach welchem ebenfalls dingliche Rechte durch Nichtgebrauch verjähren sollen, indem derselbe verordnet:

„Rechte auf fremde Sachen erlöschen in der Regel mittelst der Verjährung durch bloßen Nichtgebrauch."

Dessen ungeachtet muß man dem unbedingt widersprechen, will man die landrechtliche Lehre der Verjährung nicht in Verwirrung bringen.

Schon die Natur der erlöschenden Verjährung bringt es mit sich, nur Verpflichtungen und nicht Eigenthums-Rechte zu ihrem Gegenstande zu machen. Jede Erlöschung des Eigenthums von der einen Seite setzt nothwendig eine Erwerbung von der anderen Seite voraus, oder wie dieß das A. L. R. §. 6. I. 16. ausdrückt: Eigenthum kann nur dadurch verloren gehen, daß es ein Anderer erwerbt. Es würde mithin falls Eigenthum durch 30 jährigen Nichtgebrauch verloren ginge, zugleich auch das Eigenthum von der anderen Seite auf Grund des bloßen Nichtgebrauchs erworben werden, und so die erwerbende Verjährung von 30 Jahren ganz mit der Verjährung durch Nichtgebrauch zusammenfallen.

Man müßte daher den Unterschied zwischen Verjährung

durch Nichtgebrauch und Verjährung durch Besitz ganz aufgeben und blos von einer 30jährigen Verjährung sprechen, welche sowohl Befreiung von Verbindlichkeiten, als auch Erwerbungen von Rechten zum Gegenstande haben könnte, wie dieß im französischen Rechte auch wirklich der Fall ist, welches nur eine Art der 30jährigen Verjährung kennt, die bald eine erlöschende bald eine erwerbende ist, je nachdem sie Verpflichtungen oder Sachen und Rechte zum Gegenstande hat. Art 2219. vergl. mit 2262. Will man aber die erlöschende von der erwerbende Verjährung nach dem Vorbilde des Römischen Rechtes unterscheiden; so muß man auch consequent wie dieses Recht durch die Extinctiv-Verjährung nur die Klage nicht aber das Recht selbst verjähren lassen. Ja nach R. R. verjährt beim Eigenthum durch bloßen Nichtgebrauch selbst die Klage nicht, sondern sie bleibt blos so lange ausgeschlossen, als der Verjährende im Besitze der Sache sich befindet, lebt aber sofort wieder auf, wenn die Sache in Besitz eines Anderen kommt. L. 8. Lib. 7. Tit. 39. Cod. Das A. L. R. dagegen zählt die Verjährung wie das französische Recht zu den Aufhebungs-Arten der Verbindlichkeiten, Art. 1234 und §. 7. I. 16. A. L. R., und giebt hierdurch zu erkennen, daß durch die Verjährung das früher bestandene Rechts-Verhältniß ganz zerstört wird, was es auch an einem anderen Orte §. 568. I. 9. deutlich ausspricht; während es anderseits mit dem R. R. eine 30jährige erwerbende Verjährung, bei welcher b. f. nothwendig ist, der erlöschenden entgegengesetzt, und würde, falls es bei den Eigenthums-Klagen eine erlöschende Verjährung zuließe, in einen unauflösbaren Widerspruch gerathen. Wozu bedürfte es dann eine 30jährige Verjährung mit b. f., wenn schon durch den 30jährigen Nichtgebrauch der Eigenthümer sein Eigenthum verliert und mithin der Verjährende ohne b. f. dasselbe erwirbt? Und dennoch genügt der 30jährige Besitz mit b. f. noch nicht, und es muß der Verjährende sogar nachweisen, daß er die Sache als sein eigen in Besitz genommen habe. Hieße das nicht ein

durch Nichtgebrauch längst vernichtetes Recht, auf einer höchst mühsamen Weise noch einmal vernichten. Es müssen mithin die Eigenthums-Klagen von der Verjährung ausgeschlossen werden, will man das A. L. R. von den Vorwürfen der Ungereimtheit befreien. Wie würde auch sonst der §. 568. I. 9. mit der Verjährung der Eigenthumsklagen sich vereinigen lassen. Nach diesem §. soll der 30jährige Nichtgebrauch die Vermuthung begründen, daß die Verpflichtung auf eine oder die andere Art getilgt sei. Sollten aber auch Eigenthumsklagen durch Nichtgebrauch erlöschen; so müßte die Vermuthung entstehen, daß das Eigenthum auf eine oder die andere Art erworben sei. Eine Vermuthung, die in den Gesetzen nirgends ausgesprochen, und überhaupt gar nicht denkbar ist. Eine Verpflichtung kann getilgt werden, ohne daß der Verpflichtete hiervon Kenntniß erhält, z. B. durch expromissio oder Zahlung eines Dritten. Das Eigenthum aber kann nur mit dem Willen der Erwerbenden erlangt werden können, und wäre dies der Fall: so würde eine Verjährung durch Besitz vorhanden sein.

Bei der actio negatoria ist auch speziell die Verjährung durch Nichtgebrauch ausgeschlossen. Denn es heißt §. 7. I. 21.

„Die aus der Verjährung entstehenden Nutzungsrechte können nur mittelst der Verjährung durch Besitz erworben werden, und haben alsdann allemal die Eigenschaft eines dinglichen Rechts."

Nach den Worten dieses §. würde also der Eigenthümer, wenn er auch 30 Jahre die unbefugte Ausübung eines Nutzungsrechtes geduldet und von seinem Eigenthumsrechte zur Untersagung keinen Gebrauch gemacht hätte, dennoch nach Ablauf der Zeit noch immer die actio negatoria haben; sobald der Verjährende nicht die requisita der Verjährung durch Besitz nachweisen könnte. Dagegen würde umgekehrt der Nutzungs-Berechtigte durch 30jährigen Nichtgebrauch sein Recht verlieren und der actio confessoria

sich nicht bedienen können. Und mit Recht. Denn im ersten Falle würde durch das Erlöschen der Klage von der anderen Seite ein neues Recht erworben werden, wozu die Verjährung durch Besitz unerläßlich ist. Im zweiten Falle dagegen wird nur eine dingliche Verpflichtung aufgehoben und die Freiheit des Eigenthumes wieder hergestellt, wobei die Verjährung durch Nichtgebrauch ganz an ihrem Orte ist. Von diesem letztern Falle handelt auch nur der §. 29. I. 19, wenn es daselbst heißt:

„Rechte auf fremde Sachen erlöschen in der Regel mittelst der Verjährung durch bloßen Nichtgebrauch."

Worunter offenbar nur die actio confessoria und die Klage aus dem Faust-Pfande zu verstehen sind. Denn nur diese haben Rechte auf fremde Sachen zum Gegenstande während die actio negatoria Eigenthums-Rechte verfolgt.

Auch bei der rei vindicatio ist die Ausschließung der Verjährung durch Nichtgebrauch deutlich; wenn auch nicht so speziell wie bei der actio negatoria, ausgesprochen. Denn der §. 504. I. 9. verordnet:

„Rechte des Eigenthums erlöschen nicht durch die Unterlassung des Gebrauches, so lange die Sache oder das Recht, welche den Gegenstand des Eigenthums ausmachen, in dem Besitze des Eigenthümers sich befindet."

Nun geht aber der Besitz des Berechtigten erst verloren, wenn ein Anderer redlicher Weise den Besitz erwirbt, folglich kann auch das Eigenthums-Recht nur mittelst Verjährung durch Besitz und nicht durch bloßen Nichtgebrauch verloren gehen. Dasselbe wird auch durch §. 94. I. 21. bestätigt, wo nachdem zuvor die Bedingungen angegeben sind, wie Rechte, die mit der zum Nießbrauch gegebnen Sachen verbunden sind durch Nichtgebrauch erlöschen, dann ferner heißt:

„Das Recht des Eigenthümers auf die zum Nießbrauche gegebene Sache geht durch den bloßen Nichtgebrauch nicht verloren."

Endlich bestimmen auch die §§. 76. 77. I. 19, daß

die **actio communi dividendo** durch Nichtgebrauch **nie** erlösche, selbst nicht, wenn der Mitberechtigte die Theilung verlangte, und nach erfolgtem Widerspruche 30 Jahre sich beruhigte. Könnte aber eine Eigenthumsklage verjähren; so müßte die **communi dividendo** mindestens dann verjähren, wenn dem Mitberechtigten das Miteigenthum bestritten wurde, und dieser die Verjährungszeit hindurch sich beruhigt hätte. Wie dies im R. R., wo Eigenthums-Klagen verjähren, wirklich der Fall ist; Thibaut Bd. 2. §. 1034. Aus allem diesem geht klar hervor, daß Eigenthums-Klagen durch Nichtgebrauch nicht verloren gehen, welcher Ansicht auch Thöne Bd. II. S. 500 beigetreten ist.

IV. Stehen dem unredlichen Besitzer nach A. L. R. possessorische Rechtsmittel zu? Und was ist der landrechtliche Begriff des Besitzes?

Im römischen Rechte hatte bekanntlich der unredliche Besitzer juristischen Besitz und gebührten ihm die **jura possessionis**. Selbst Diebe und Räuber durften sich der **interdicta** bedienen, ausgenommen gegen den Bestohlenen selbst, welcher ihnen die **exceptio vitiosae possessionis** entgegensetzen konnte. Aber auch diese Ausnahme ist im neueren Rechte hinsichts der **interdicta recuparandae possessionis** aufgehoben, so daß Diebe, welche aus dem Besitze gestohlener Sachen entsetzt worden, gegen den Eigenthümer selbst die Wiedereinräumung des Besitzes fordern dürfen. Dieses Recht des Unrechts glaubt nun v. Rönne *) in unserem Landrechte wiederzufinden. Denn wenn auch unsere Gesetzgebung dieses ausdrücklich nicht anerkannt hätte, so wären doch dem Inhaber alle possessorischen Rechtsmittel ertheilt, und da auch Diebe und Räuber Inhaber sind, so müßte man folgerecht auch ihnen gleiche Rechte zugestehen. Wir glauben jedoch, daß die Redaktoren des A. L. R. weit entfernt wa-

---

*) Kleins System des A. L. R. Th. 1. S. 209.

ren, eine solche monströse Bestimmung zu rezipiren. Allerdings ist bei uns auch der Dieb und Räuber, wie jeder, der das physische Vermögen hat über eine Sache zu verfügen, als Inhaber anzusehen; allein wenn man im R. R. zwischen Besitzer im grammatischen und Besitzer im juristischen Sinne unterscheidet, und unter letzterem nur denjenigen Besitzer versteht, welchem die jura possessionis gebühren; so muß man dieses im A. L. R. nicht minder hinsichts des Inhabers thun, und nur denjenigen, als juristischen Inhaber erachten, welchem die Rechte des Besitzes zukommen. Nach §. 137. I. 7. A. L. R. stehen aber diese Rechte nur dem Inhaber zu, welcher die Pflicht übernommen für einen anderen zu besitzen, denn derselbe verordnet:

„der bloße Inhaber hat diejenigen Rechte, welche aus der Pflicht folgen die Sache oder das Recht zum Besten dessen, welchem der Besitz gebührt, zu erhalten."

Hieraus folgt nun von selbst, daß der unredliche Besitzer, welcher nicht nur keine Pflicht zu besitzen übernommen sondern pflichtwidrig besitzt, auf jura possessionis keinen Anspruch machen kann und nur als Inhaber im grammatischen Sinne anzusehen ist. In der That unterscheidet auch das A. L. R. §. 1. u. 2. Tit. 7. zwischen der Inhabung, welche blos in dem physischen Vermögen besteht über eine Sache zu verfügen und einer solchen, welche man in Folge einer übernommenen Pflicht für einen Andern zu besitzen übernommen hat. Es ist daher auch ganz falsch, wenn man nach dem Vorbilde des Römischen Rechtes die Inhabung im Allgemeinen dem Besitze entgegensetzt. Nur von der Inhabung der ersten Art kann dieses geschehen, denn diese gewährt gar keine Rechte, und bildet wie die Römische detentio, den Gegensatz zur possessio. Die Inhabung der zweiten Art dagegen verleiht alle Rechtsmittel des Besitzes, sie ist eine Quelle possessorischer Rechte, und muß daher, als eine Unterart des Besitzes erachtet werden.

Wenn nun aber schon aus allgemeinen Grundsätzen

zwischen juristischem Inhaber und unredlichem Besitzer unterschieden werden muß und dem ersteren die **jura possessionis** zugestanden, dem letzteren aber abgesprochen werden müssen, so ist dieses noch mehr nach den einzelnen speziellen Vorschriften der Fall.

Die Rechtsmittel des Besitzes sind bekanntlich:

1) das **jus retentionis.**
2) die Selbsthülfe.
3) das **possessorium.**
4) die **actio publiciana.**

Was nun zuvörderst die Retention anbelangt, so verordnet der §. 538. I. 20. A. L. R. ausdrücklich:

„Der unredliche Besitzer einer Sache kann sich das Zurückbehaltungs-Recht darauf niemals anmaßen"

während der §. 536. I. 20. ibid. es dem Inhaber speziell beilegt.

Hier wird also dem unredlichen Besitzer geradezu der Inhaber entgegengesetzt, und das dem letzteren zuerkannte Retentions-Recht dem ersteren abgesprochen.

Die Selbsthülfe anbelangend so muß sie schon deshalb dem unredlichen Besitzer abgesprochen werden; weil dieselbe wie die Nothwehr stets einen abzuwendenden Schaden voraussetzt, von dem im rechtlichen Sinne bei dem unredlichen Besitzer nicht die Rede sein kann.

Schaden in juristischer Bedeutung bezeichnet eine Rechts-Verletzung, wo aber das Recht fehlt, fehlt auch die Verletzung, ohne welche der Schaden nicht gedacht werden kann. Die Selbsthülfe ist überhaupt eine Vertheidigung des Rechtes und kann nicht zum Schutze des Unrechtes dienen. Wenn nun aber das Gesetz dennoch dem Inhaber die Selbsthülfe erlaubt §. 142. I. 7. so kann hierin wiederum nur ein Beweis gefunden werden, wie sorgfältig das Gesetz zwischen dem physischen Inhaber, was auch der unredliche Besitzer ist, und dem juristischen Inhaber, welcher die Pflicht übernommen für Andere zu besitzen, unterscheidet.

Gehen wir nun zu dem **possessorium summariissi-**

mum über, so fühlt man sich noch mehr veranlaßt im Namen des A. L. R. die Ehre abzulehnen, die ihm durch die angedichtete Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte ertheilt wird. Die §§. 14 und 16. I. 31. A. G. O. enthalten eine vollkommne Protestation gegen dergleichen Lobes-Bezeugungen. In dem letzten §. ist nämlich ausdrücklich gesagt, daß wenn der fehlerhafte Besitz des Klägers von dem Beklagten auch nur bescheinigt wird; so müssen die streitigen Sachen in gerichtliche Verwahrung genommen werden, und mithin in das petitorium verwiesen werden. Wenn nun aber schon eine bescheinigte Unredlichkeit das possessor. sumar. ausschließt, so muß dieses noch weit mehr bei erwiesener Unredlichkeit gelten, und sogar in einem solchen Falle der Besitz dem Beklagten gelassen werden, wie dieß auch der Zusammenhang der §§. 14 und 16 aufs Klarste ergiebt.

Auch kann das Gesagte nicht blos auf einen vi, clam, precario erworbene Besitz beschränkt werden, sondern es muß vielmehr bei einem jeden unredlichen Besitze ohne Unterschied zur Anwendung kommen, wie dieß aus dem im §. 14. I. 31. A. G. O. allegirten, §. 19. Tit. 7. A. L. R. sich unzweifelhaft herausstellt, welcher blos von der mala fides, als solcher handelt. Ein possessorium kann also dem unredlichen Besitzer unmöglich zugestanden werden, wie dem auch, aus den angegebenen Gründen, von Bornemann*) und Thöne**) beigetreten worden ist. Eben so unzweifelhaft muß aber umgekehrt dem Inhaber das possessorium eingeräumt werden, da dieses mehrfach in den Gesetzen ausgesprochen wird §. 145. 199. I. 7. u. §. 124. I. 14. A. L. R. ***). Wir ersehen also wiederum, daß der juristische Inhaber mit dem unredlichen Besitzer nicht zu vertauschen ist, und daß das dem ersteren zukommende pos-

---

*) Bornemanns System Bd. I. S. 532. Nota a.

**) Thöne Bd. II. S. 305. u. 419.

***) Besonders aber §. 561. I. 20.

sessorium dem letzteren durchaus nicht zusteht. Noch weit mehr aber ist dieses der Fall bei der **actio publiciana**. Daß der juristische Inhaber sich derselben bedienen kann, ist ganz bestimmt an mehren Orten ausgesprochen §. 162. I. 7. §. 59. I. 9. §. 2. I. 15. §. 124. I. 14. A. L. R. Eben so unzweifelhaft aber steht sie dem unredlichen Besitzer nicht zu. Die Natur dieser Klage bringt es mit sich, daß sie nur von dem besser Berechtigten ausgeübt werden kann, und daher darf der Inhaber sich derselben nur gegen den unredlichen Besitzer und gegen den Finder bedienen. Hierin liegt aber unstreitig, daß der Dieb, als der schlechtst Berechtigte diese Klage niemals haben kann, und in der That ist auch §. 178. I. 7. A. L. R. speziell verordnet, daß der unredliche Besitzer stets dem redlichen weichen müsse. Wenn aber der unredliche Besitzer weder ein **possessorium** nach ein **petitorium** hat, wenn er sogar nicht einmal das Recht zu retiniren oder sich selbst zu vertheidigen in Anspruch nehmen kann, während alles dieses dem Inhaber gebührt, so kann man unmöglich den Dieb und Inhaber im juristischen Sinne für identisch halten. Allerdings wird man zugeben müssen, daß auch der unredliche Besitzer wegen eigenmächtiger Entsetzung über erlittene Gewaltthätigkeiten sich beschweren könne, allein diese Beschwerde kann nur kriminalistischer Natur sein und über die Verletzung der Freiheit und der Person geführt werden, keines Weges aber auf den Besitz der Sache sich beziehen und einen Zivilanspruch auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes erzeugen. Es läßt sich aber auch gar nicht begreifen, wie man dazu gekommen ist, dem unredlichen Besitzer possessorische Rechte zu ertheilen, da schon nach §. 96—98 I. 7. A. L. R. verordnet wird, daß **vi, clam, precario**, Besitz im rechtlichen (juristischen) Sinne nicht erworben werden kann, und der §. 35. I. 3. A. L. R. ganz allgemein verordnet, daß unerlaubte Handlungen nur Pflichten und keine Rechte erzeugen. Der §. 141. I. 7. A. L. R. auf welchen man sich zu berufen

pflegt, verordnet freilich, daß gegen Gewalt jeder Inhaber zu schützen sei, allein sowohl die vorhergehenden, als nachfolgenden §§. ergeben aufs Klarste, daß hier nur vom redlichen Inhaber gehandelt wird. Demnach scheint es uns kein Bedenken zu unterliegen, daß man nach unserer Gesetzgebung zwischen physischen und juristischen Inhaber unterscheiden muß, und daß man den unredlichen Besitzer nur, als einen physischen Inhaber betrachten kann. Wird aber dieses als richtig zugegeben, so gewinnt auch die ganze landredliche Besitz-Theorie einen eigenen, den römischen Begriffen ganz entgegengesetzten Karakter. Im Römischen Rechte ist es der **animus rem sibi habendi**, welcher das Wesen des Besitzes ausmacht, auf das **jus possidendi** kommt es hiebei gar nicht an, daher hat der unredliche Besitzer possessorische Rechte, der redliche **detentor** aber nicht. Ganz entgegengesetzt ist es im A. L. R. Hier entscheidet lediglich das **jus possidendi** und der **animus rem sibi habendi** ist ganz wirkungslos, weshalb ganz konsequent der unredliche Besitzer trotz seines **animus rem sibi habendi** auf possessorische Rechte keinen Anspruch hat, wohl aber der **detentor**, obschon dieser **animus** ihm gebricht. Der Besitz ist überhaupt im A. L. R. keine Quelle von possessorischen Rechten sondern ein bloßes **factum**, was blos das bereits vorhandene Recht verstärkt, aber kein neues Recht erzeugen kann. Er ist der **modus adquirendi** des Rechtes, aber der Umfang seiner Wirksamkeit richtet sich nach dem zum Grunde liegenden Titel. Wo gar kein Titel existirt, ist er zwar auch wirksam, aber nur negativ, er vermehrt das vorhandene Unrecht.

Nach diesem Rechte zum Besitze wird daher auch der Besitz eingetheilt: in Inhabung, wenn man vermöge seines Titels die Verpflichtung hat für Andere zu besitzen, in unvollständigen Besitz, wenn man in Folge seines Titels den Besitz übernommen, um ein Recht für sich auszuüben, und in vollständigen Besitz, wenn man vermöge seines Titels den Besitz übernommen, um eine Sache ausschließlich für sich zu besitzen, und endlich in un-

redlichen Besitz, wenn man sich einer der genannten Besitz-Arten anmaßt, ohne ein Recht zum Besitze zu haben, und zwar gleichviel, ob Inhabung, unvollständiger oder vollständiger Besitz Gegenstand der Anmaßung ist. Diese Verschiedenheit des Titels ist es auch, welche die verschiedene größere und geringere Wirksamkeit des Besitz erzeugt, und eben so, wie die Verschiedenheit der Rechte des Inhabers und unvollständigen Besitzers von denen des vollständigen Besitzers ihren Grund in der Verschiedenheit des Titels hat, eben so unterscheidet sich auch die Wirksamkeit des unredlichen Besitzes nach dem zum Grunde liegenden Unrechte, und der unredliche Besitz **ex culpa** ist minder nachtheilig, als der **ex dolo**. Ganz anders ist es im R. R. Hier wo der **animus** das Wesen des Besitzes ist richtet sich auch Eintheilung und Wirksamkeit des Besitzes nach der Verschiedenheit des **animus**.

V. Kennt das Allg. Landrecht ein testamentum parentum inter liberos.

Im gemeinen Rechte giebt es bekanntlich ein **testamentum** und eine **divisio parentum inter liberos**. Im ersteren konnte jede testamentarische Disposition selbst eine **exheredatio** gültig vorgenommen werden, in der letztern aber mußte es im Ganzen bei der **successio ab intestato** gelassen werden, nur durfte der Testator eine ungleiche Vertheilung vornehmen.

Thibaut Bd. **II.** §. 708. 709.

Wening Bd. **II.** Kap. 5. §. 127. 128.

Mühlenbruch **D. P.** Bd. **III.** §. 503.

Von den neueren Gesetzgebungen hat das vortreffliche Oesterreichische Gesetzbuch sich von dem gemeinen Rechte ganz losgesagt, und den Ascendenten keine privelegirte Form letztwillig zu verfügen zugestanden. §. 597 — 600.

Im französischen Rechte findet sich ebenfalls unter den

privilegirten Testamenten kein **testamentum p. i. l Art. 981. sqq.** und auch die **divisio p. i. l.** ist nur unter Beobachtung der gewöhnlichen Förmlichkeiten zulässig. **Art. 1075. 1076.**

Das A. L. R. konnte indeß sich in diesem Punkte von dem alten heiligen römischen Rechte nicht ganz entwinden und verordnet §. 378. II. 2. daß Eltern mit verminderter Förmlichkeit durch bloße Privatverfügungen die gesetzliche Erbfolge unter ihren Kindern abändern dürfen.

Ob eine solche Disposition die Kraft eines Testamentes oder einer **divisio** haben solle, ist speziell nicht angegeben; und die Deutung einer solchen Verfügung ist daher der beliebigen Ansicht des Richters blos gestellt. Zwar bestimmen die §§. 379. 431. l. c. daß eine **exheredatio** und was dieser gleichgestellt ist, in einer solchen Verfügung nicht erfolgen könne, woraus sich allenfalls folgern ließe, daß die in Rede stehende Disposition, als **testamentum** nicht zu erachten sei; allein eben so gut könnte man aus dieser speziellen Ausnahme den Schluß ziehen, daß alle andern testamentarischen Verfügungen erlaubt wären. Auch fehlt es anderer Seits im gemeinen Rechte nicht an Meinungen, welche selbst bei einem **testamentum p. i. l.** die **exheredatio** ausschließen, und es können daher, wenn man bedenkt, daß das A. L. R. vielleicht diese Ansicht habe anerkennen wollen, die §§. 379. 431. c. nichts entscheiden. Bielitz in seinem Kommentar zum A. L. R. glaubt zwar unsere Gesetzgebung habe die **divisio** von dem **testamentum p. i. l.** nicht geschieden. Die Unterscheidung liegt jedoch in der Natur der Sache, und braucht eben so wenig vom Gesetzgeber gemacht zu werden, als sie durch irgend ein Gesetz aufgehoben werden kann.

Die Entscheidung unseres Zweifels ist daher von bedeutender praktischen Wichtigkeit, selbst für die Provinzen, wo die 3 Tit. des zweiten Theils zu den suspendirten gehören. Denn zuvörderst sind in der Lehre des **testamentum p. i. l.** mehrere Punkte im gemeinen Rechte sehr streitig, namentlich:

ob die Zuziehung von zweien Zeugen erforderlich sei, und es muß mithin hiebei auf das A. L. R. rekurrirt werden. Ganz besonders aber würde falls das A. L. R. in dem §. 378. sqq. nur von einer divisio handelte, vorkommenden Falles bei einem testamentum p. i. l. das gemeine Recht gar keine Anwendung finden, da die Lehre der Testamente in Tit. 12. verhandelt wird, und dieser Tit. die Vorschriften des gemeinen Rechtes ausschließt.

Wir glauben indeß aus mehrfachen Gründen dafür entscheiden zu müssen, daß das A. L. R. nur eine divisio p. i. l. habe zulassen wollen. Schon die Behandlung dieser Materie im Tit. 2. Th. 2. bei der Lehre des Intestat-Erbrechtes, muß jeden Gedanken an ein testamentum p. i. l. ausschließen, weil dieses füglicher im Tit. 12. bei den anderen privilegirten Testamenten zu stehen hätte kommen müssen. Weit mehr aber noch dürften folgende Gründe unsere Ansicht rechtfertigen:

1) Betrachtet man die landrechtliche dispositio p. i. l. als eine divisio; so würden nur solche Abkömmlinge bedacht werden können, die des Erblassers Intestaterben wären, und es würden mithin Enkel, deren Eltern noch am Leben wären, von ihren Großeltern nichts bei einer divisio erhalten können; weil sie in diesem Falle keine Intestaterben wären, und eine heredis institutio in einer divisio unzulässig sein müsse. Wollte man dagegen im §. 378. l. c. ein testamentum p. i. l. finden, so müssen alle und jede Descendenten wenn sie auch keine Intestat-Erben wären, bedacht werden können, wie dies im gemeinen Rechte auch der Fall ist. (Wening l. c.)

Nun könnte man zwar aus dem §. 381. 382. II. 2. A. L. R. die letztere Annahme rechtfertigen; indem daselbst verordnet wird; daß nur solche Verfügungen in einer dispositio p. i. l. unwirksam sein, welche zum Vortheile Dritter gemacht wären, daß aber die Verordnung so weit sie die Kinder betrifft immer bei Kräften bleiben solle; allein das Gegentheil ist zu klar im §. 170. sqq. I.

12. A. L. R. ausgesprochen, als daß dieses schwache Argument etwas dagegen ausrichten sollte. In diesem §. heißt es nämlich:

„Wie weit ein Erblasser unter seinen gesetzlichen Erben in absteigender Linie die Art und Grundsätze der Theilung durch außerordentliche Aufsätze bestimmen könne, ist gehörigen Ortes festgesetzt (Th. II. Tit. 2. Abschn. 5.) In anderen Fällen sind dergleichen in bloßen außergerichtlichen Aufsätzen enthaltenen Theilungs-Vorschriften nur alsdann gültig, wenn es der Erblasser in seinem Testamente sich ausdrücklich vorbehalten hat.“

Wir ersehen also hieraus, daß nur gesetzliche Erben, d. h. die successores ab intestato, die honorirten in einer solchen Disposition sein dürfen. Daß ferner nur die Theilungs-Vorschriften, die Art und Grundsätze der Theiluug; niemals aber eine heredis institutio Gegenstand der privilegirten Disposition sein könne, und es kann mithin nur von einer divisio p. i. l. im A. L. R. die Rede sein. Auch im §. 383. II. 2. A. L. R. wird nur die ungleiche Vertheilung, als die einzige Befugniß angegeben, welche in einer solchen Disposition ausgeübt werden könne, und hiermit unsere Behauptung bestätigt.

2) Wollte man dessen ungeachtet im §. 378. sqq. ein testamentum p. i. l. finden; so müßte derselbe auch die Kraft haben, ältere förmliche Testamente aufzuheben; da nach §. 588. I. 12. A. L. R. zum Wiederrufe eines Testamentes auch eine privilegirte Disposition genügt. Nach §. 378. II. 2. A. L. R. soll aber eine solche Disposition nur die gesetzliche, nicht aber (wie dieß ex argumento e contrario folgt) die testametarischen abändern können, und nach §. 414. 415. l. c. nur die Kraft haben, eine Enterbung aufzuheben. Eine Bestimmung die ganz überflüssig wäre, wenn eine dispositio p. i. l. überhaupt die Wirkung eines Testamentes hätte.

3) Jedenfalls könnte aber bei einem testamentum p.

i. l. von keiner Collation die Rede sein, da diese nach A. L. R. nur bei der Intestat-Erbfolge statt findet; dennoch enthalten die §. 384 — 386. II. 2. genaue Vorschriften über die Collation bei einer dispositio p. i. l. und es muß daher wiederum angenommen werden, daß das A. L. R. nur von einer divisio habe sprechen wollen.

4) Endlich müßte bei einer dispositio p. i. l. wenn man sie als testamentum betrachten wollte, nach §. 264. sqq. I. 12. A. L. R. so weit der Erblasser durch die unter den eingesetzten Erben regulirte Theilung, den Nachlaß nicht völlig erschöpft hätte, das Uebrige nach den Regeln der testamentarischen Erbfolge den Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile zufallen. Der §. 390. II. 2. verordnet aber

„Was in der letztwilligen Verordnung der Eltern nicht bestimmt ist, muß nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge beurtheilt werden.“

Es würden mithin die Erben in den Theil des Nachlasses, worüber nicht verfügt worden ist, abgesehen von ihren Erbportionen zu gleichen Theilen in capita succediren. Was einen abermaligen Beweis giebt, daß das A. L. R. nur von einer divisio p. i. l. spricht.

Aus allem bisher Gesagten dürfte nun wohl de lege lata genugsam die Verneinung der aufgeworfenen Frage erhellen, de lege ferenda aber wäre es höchst wünschenswerth jede privilegirte dispositio p. i. l. aufzuheben. Es läßt sich durchaus in gesetzgebrischer Hinsicht auch nicht der entfernteste Grund auffinden; weshalb Eltern mit weniger Förmlichkeiten sollen testiren können, als andere Personen. Am wenigsten im A. L. R. Wenn unsere Gesetzgebung keine letztwillige Privatverfügung vor Betrug gesichert hielt, und aus Fürsorge nur testamenta publica zuließ; so ist es wahrlich nicht zu begreifen, wie man sich bei letztwilligen Verfügungen der Eltern, unter ihren Abkömmlingen der Besorgniß eines Betruges überhoben halten konnte.

Offenbar konnte nur die große Auktorität der justinia-

nischen Weisheit diese Bestimmungen veranlaßt haben. Wie überhaupt in allen Theilen wo das A. L. R. getadelt zu werden verdient, der Einfluß des gemeinen Rechtes sichtbar ist. Nur wo das A. L. R. den gemeinrechtlichen Plunder von sich geworfen hat, ist es vortrefflich und steht erhaben über alle neuen Gesetzgebungen. Es läßt sich überhaupt kein schlechteres Recht fingiren, als das gemeine Recht. Nur ein Zusammenwerfen der verschiedensten Gesetze der verschiedensten Zeiten, der Konsequenz der Republik mit der Ungereimtheit Justinians, der Billigkeit der Prätoren mit dem Despotismus der Kaiser, die Heuchelei der Klerisei mit Römersinn und Römertugend, des spießbürgerlichen Gerichtsgebrauches eines deutschen Schöppenstuhls mit der Großartigkeit des Forum zu Rom, überhaupt die Gesetze von vor 2000 Jahren mit denen der neueren Zeit, nur eine solche Vermengung konnte eine Mißgeburt, wie die des gemeinen Rechtes erzeugen. Auch gehörten die Bemühungen ganzer Jahrtausende und die Kraft der Stubengelehrten von halb Europa dazu, um das natürliche Recht so zu entstellen, wie wir es im gemeinen Rechte finden. Das A. L. R. hat das Verdienst, die Herrschaft des gemeinen Rechtes zuerst gestürzt zu haben, mit der Verwischung der letzten Spuren desselben aber wird erst unsere Gesetzgebung im vollen Glanze hervortreten.

VI. Befreiet das bloße Anerbieten der Erfüllung, oder erst die gerichtliche Deposition vom Casus?

Nach R. R. war bekanntlich schon das bloße Anerbieten des Schuldners hinreichend, um den Kreditor für jeden Casus verantwortlich zu machen; dagegen verlangt die Praxis des g. R. die gerichtliche Deposition. Diese letztere Ansicht scheint auch in das A. L. R. übergegangen zu sein, und daher bestimmt der §. 228. I. 16.:

„Durch eine rechtmäßige, wirklich geleistete Depo-

sition geht die Gefahr der gerichtlich niedergelegten Sache auf den Gläubiger über."

Dessen ungeachtet glaubt Bornemann (Rechtsgeschäfte S. 334.), daß das A. L. R. zur reinen Theorie des R. R. zurückgekehrt sei, und zur Befreiung vom Casus keine Deposition verlange, und beruft sich darüber auf §§. 102. 103. I. 11., wo bestimmt wird:

„Hat der Käufer durch seine Schuld die Uebernahme verzögert, so kann der Verkäufer Schadloshaltung fordern. — Zu dieser Schadloshaltung gehört auch die Bezahlung des bedungenen Kaufpreises, sobald der Käufer auch nur durch ein mäßiges Versehen Schuld daran ist, daß die Sache von ihm zur gehörigen Zeit nicht übernommen worden."

Hieraus glaubt nun Bornemann seine Behauptung gerechtfertigt, und sucht den §. 228. I. 16. auf eine sehr gezwungene Weise auf res fungibiles zu beschränken. Wir glauben indeß, daß das A. L. R. unbedingt die Ansicht der gemeinrechtlichen Praxis aufgenommen, und daß dessen ungeachtet die §§. 228. I. 16. und 103. I. 11. in vollem Einklange stehen. Der letzte §. handelt nur von einem Casus, der durch ein mäßiges Versehen des Käufers herbeigeführt ward, und es ist nichts natürlicher, als daß der Käufer, welcher stets für ein mäßiges Versehen haftet, auch einen solchen casus mixtus tragen müsse. Dagegen wird selbst nach diesem §. bei einer mora, die durch ein geringes Versehen oder ohne alles Versehen eingetreten ist, allerdings der Verkäufer so lange den Casus tragen müssen, so lange er nicht gerichtlich die Sache deponirt hat. Um also unbedingt sich von dem Casus zu liberiren, ist Deposition unerläßlich, und nur von einer solchen unbedingten Liberation handelt der §. 228. I. 16. Dieser Ansicht ist nunmehr auch Koch in seinem Rechte der Forderungen Bd. I. S. 363 — 370.

VII. Von fremdem zum Darlehne gegebenen Gelde.

Nach R. R. war bekanntlich fremdes zum Darlehne gegebenes Geld, so lange es nicht consumirt war, der **vindicatio** unterworfen, war es aber bereits consumirt: so konnte der Eigenthümer von dem unredlichen Empfänger sein ganzes Interesse mit der **actio ad exhibendum** fordern, der redliche Empfänger aber war nur gehalten, das Erhaltene zurück zu erstatten. Das A. L. R. verordnet §. 662 — 664. I. 11. hinsichts des unredlichen Empfängers fast dasselbe, rücksichts des redlichen Empfängers aber heißt es §. 665 — 676.:

> „Hat der Empfänger nicht gewußt, daß ihm fremdes Geld zum Darlehn gegeben werde, so kann er an den Geber so lange sichere Zahlung leisten, als es ihm noch nicht, auf den Antrag des wahren Eigenthümers, gerichtlich untersagt worden."
>
> „Ist vor dieser Untersagung die Rückzahlung noch nicht erfolgt: so ist der Empfänger nur an den, welcher als der wahre Eigenthümer des gegebenen Geldes ausgemittelt wird, Zahlung zu leisten verpflichtet."
>
> „D i e s e r t r i t t i n A n s e h u n g a l l e r v e r a b r e d e t e n B e d i n g u n g e n a n d i e S t e l l e d e s G e b e r s."

Hält man sich nun an dem bloßen Wortverstande dieses Schlußsatzes: so würde der Eigenthümer, wenn sein Geld wider seinen Willen einem n o c h s o u n s i c h e r n Schuldner auf n o c h s o l a n g e Zeit u n v e r z i n s l i c h zum Darlehne gegeben wäre, dennoch dasselbe, wäre es auch noch **in natura** vorhanden, nicht vindiziren können, und den vom unredlichen Geber gestellten Verfalltag abwarten müssen. Es würde demnach dem Dieb ein Leichtes sein, gestohlenes Geld vor der Verfolgung des Eigenthümers zu sichern, denn er braucht es ja nur seinen nächsten Angehörigen auf Lebenszeit oder auf einige Jahrhunderte unverzinslich zum

Darlehne zu geben. Unmöglich können aber die Radactoren unserer Gesetzgebung, welche so sehr die Billigkeit zu ihrem Augenmerke gemacht, auch nur am entferntesten daran gedacht haben, ihren Vorschriften eine solche Deutung zu geben. Aber auch abgesehen von aller Billigkeit, welche ohne dieß auf der Wage der Themis gegen die Consequenz wenig wiegt, wäre es auch gegen die Grundregeln eines jeden Rechts und namentlich der Preußischen Gesetzgebung. Es ist wohl kein Satz allgemeiner, als der, daß ein Nichteigenthümer auf Andere kein Eigenthum übertragen könne. Wie sollte nun beim Darlehne, zu dessen Wesen nach §. 661. I. 11. A. L. R. die Eigenthums-Uebertragung gehört, ein Nichteigenthümer Eigenthum übertragen können? Man könnte vielleicht einwenden, weil Geld und was dem gleich ist nach §. 45. I. 15. A. L. R. nicht vom redlichen Besitzer vindicirt werden könne; allein dieses gilt ja nur bei solchen Personen, welche durch einen lästigen Vertrag das Geld erhalten haben. Solchen Personen würde nach §. 26. l. c. der Werth des Gegebenen erstattet werden müssen, und da dieser eben der Werth der zu vindicirenden Gelder ist: so würde eine vindicatio ganz unnütz sein, und ist sie deshalb mit Recht ausgeschlossen. Dem Darlehns-Empfänger aber, welcher das Geld für keine Gegenleistung erhält, würde nach §. 24. l. c. dasselbe im Falle einer vindicatio unentgeldlich herausgeben müssen, und daher eine vindicatio dem Eigenthümer höchst vortheilhaft sein. Es ist auch deshalb dieselbe für den Fall, daß ein Empfänger fremdes Geld u n e n t g e l d l i c h überkomme, speziell im §. 46. l. c. für statthaft erklärt. Faßt man nun dieses Alles zusammen, so kann man nicht umhin, den §. 667. I. 11. so zu erklären daß der Eigenthümer nur rücksichts der Vergangenheit in A n s e h u n g a l l e r B e d i n g u n g e n an die Stelle des Gebers trete. Hätte z. B. der Empfänger bereits mehrere Jahre das Geld unverzinslich gehabt: so kann der Eigenthümer keine Zinsen nachfordern, keineswegs aber ist er verbunden, auch für die Folge ihm das Geld zu lassen.

Diese Interpretatiou scheint zwar gewagt; sie ist es aber nicht, wenn man sie mit der Vorschrift des §. 216. I. 7. A. L. R. vergleicht. Auch hier wird gesagt, daß der Eigenthümer alle Rechte anerkennen müsse, welche ein unredlicher Besitzer einem dritten unvollständigen Besitzer an seiner Sache eingeräumt hat; aber nur **in praeteritum.**

Die bereits erworbenen Vortheile kann der Eigenthümer dem redlichen unvollständigen Besitzer nicht entziehen, in sofern er vermöge der mit dem unredlichen Besitzer getroffenen Verabredungen hiezu berechtigt war, dagegen kann er für die Folge auf die ihm eingeräumten Rechte keinen Anspruch machen, und muß sofort die Sache dem Eigenthümer restituiren. Nur dieses und nicht mehr scheint in dem §. 667. I. 11. auch für das Darlehn festgesetzt worden zu sein. Einigen Zweifel könnten vielleicht dagegen die §§. 671—673. erregen; indem nach denselben derjenige, welcher eigenes Geld im fremden Namen zum Darlehne giebt, wenn er auf das Darlehn seine Eigenthums-Ansprüche geltend machen will, wie ein solcher beurtheilt werden soll, dessen Geld wider seinen Willen einem dritten redlichen Empfänger zum Darlehne gegeben worden ist. Man könnte hieraus den Schluß ziehen, da derjenige, welcher eigenes Geld im fremden Namen ausgeliehen, unstreitig alle Bedingungen anerkennen müsse, unter welchen das Darlehn gegeben ward, indem er sie selbst gemacht hat; so müßte auch dasselbe von dem gelten, dessen Geld wider seinen Willen zum Darlehn gegeben ist, weil beide in den allegirten §§. gleichgestellt sind.

Allein offenbar sind beide nur darin gleichgestellt, daß sie nach §. 665. 666. l. c. einen richterlichen Zahlungsbefehl sich verschaffen müssen, wenn die Wiederbezahlung an sie selbst geschehen solle. Wollte man eine Gleichstellung in jeder Beziehung annehmen, wie die allegirten §§. 665—670. zu glauben auch verleiten könnten, so würde dies zu einer absoluten Ungereimtheit führen: da nach §. 665 — 670. der Geber dem Eigenthümer allen Schaden ersetzen

muß, dieß aber in dem Falle unmöglich ist, wo Geber und Eigenthümer eine Person ausmachen. Mehr dürfte unserer Ansicht der §. 469. II. 18. A. L. R. entgegenstehen, in welchem für den Fall, daß ein Vormund gegen die Vorschrift der Gesetze Pupillen-Gelder gegen bloße Schuldscheine zum Darlehne gegeben, verordnet wird:

„Gegen diese Verfügung kann der Schuldner, welcher wissentlich Pupillen-Gelder auf Wechsel oder Schuldscheine zum Darlehne angenommen hat, durch einen mit dem Vormunde verabredeten längern Zahlungs- oder Aufkündigungstermin sich niemals schützen."

Hieraus muß man allerdings schließen, daß wenn der Schuldner b. f. war, der Pupill an dem vom Vormunde gesetzten Zahlungstermine gebunden sei, obschon der Vormund zu dergleichen Verfügungen nicht berechtigt war. Es wäre indeß doch zu gewagt, das, was aus §. 469. ex argumento e contrario für den Vormund gefolgert werden könnte, auch bei solchen Personen gelten zu lassen, die gar kein Verfügungs-Recht haben. Der Vormund ist zur Ausleihung von Pupillen-Gelder befugt, nur soll es gegen größere Sicherheit geschehen. Die Verabsäumung einer bloßen Vorsichtsmaßregel kann aber einem dritten redlichen Empfänger nicht zum Nachtheile angerechnet werden. Ganz andere Bestimmungen dagegen müssen dann eintreten, wenn Jemand ohne alle Befugniß fremdes Geld zum Darlehn gegeben.

VIII. Verdient der Hinterbringer einer Injurie vollen Glauben?

Wir zweifeln nicht, daß bei den meisten praktischen Juristen die hier aufgeworfene Frage Befremden erregen dürfte; da man vergebens nach einem Gesetze suchen würde, welcher die Glaubhaftigkeit eines Hinterbringers auch nur in Zweifel ziehen könnte. Es ist indeß eine so häufige Er-

in Zweifel ziehen könnte. Es ist indeß eine so häufige Erscheinung von einzelnen Richtern, den Hinterbringer einer Injurie als Zeuge verworfen zu sehen, daß es wohl die Mühe lohnen dürfte, die Unhaltbarkeit einer solchen Ansicht gehörig zu beleuchten.

Wie gewöhnlich ist es auch hier der beliebte und behagliche **usus fori**, womit die richtigere Auffassung der Gesetze trotz des §. 6. der Einl. niedergehalten wird; besonders aber beruft man sich auf §. 228. No. 8. I. 10. A. G. O., nach welchem Litisdenuncianten, Denuncianten und Intervenienten keine glaubhafte Zeugen sein sollen. Daß unter Denuncianten hier Hinterbringer einer Injurie zu verstehen sind, wird dem richtigen Sprachgebrauche entgegen, für unbedenklich hingenommen, und der gesetzliche Belag ist gegeben. Vergebens wendet man ein, daß diese Stelle einen Druckfehler enthält, und es eigentlich heißen sollte: Litisdenuncianten, Denunciaten und Intervenienten, wie es auch im Register **sub voce** Zeugen wirklich lautet. Das Register, heißt es dann, hat keine Gesetzeskraft, und die Worte der Gerichts-Ordnung müssen entscheiden. Wir wollten indeß alle diese nichtigen Behauptungen noch hingehen lassen, uns sogar gefallen lassen, Hinterbringer mit Denuncianten zu übersetzen, so sprachwidrig es auch ist, und selbst gegen die wahrhaft kuriose Verbindung zwischen Litisdenuncianten, Hinterbringer einer Injurie, und Intervenienten nichts erinnern, obschon an diesem Orte nur von Personen, welche beim Prozesse betheiligt sind, wozu doch Hinterbringer nicht gehören, die Rede sein sollte. Aber erwägen sollte man doch, daß selbst in Kriminal und fiskalischen Sachen ein Denunciant vollen Glauben verdiene, wenn er sonst kein Interesse zur Sache hat, §. 357. No. 9. K. O. §. 48. I. 35. A. G. O., und daß dieses weit mehr vom Hinterbringer gelten müsse. Ein Denunciant verlangt doch noch mindestens die Bestrafung des Denuncianten, und könnte theils deshalb, theils wegen der zu befürchtenden Strafe der Kalumnie doch noch wenigstens als betheiligt

erachtet werden, was beim Hinterbringer, welcher oft blos um den Verläumdeten von seinen Feinden oder falschen Freunden in Kenntniß zu setzen wünscht, gar nicht der Fall ist. Auch würde es ja, wenn Hinterbringer keinen Glauben hätten, ein Leichtes sein, ohne Besorgniß vor Strafe einen jeden bei aller Welt zu verläumden, wenn man es nur vorsichtig bei jedem einzeln versuchen wollte. Denn alsdann würde jeder, der hiervon Anzeige machen wollte, als Hinterbringer keinen Glauben haben, und die Anwendung einer Strafe unmöglich machen. Alles dieses sollte doch hinreichend sein, die Worte des Registers für die richtigeren zu halten, und den augenscheinlichen Druckfehler der A. G. O. anzuerkennen. Ist doch ohne dieses der Beleidigte durch die bei Injurien erschwerte Beweisführung, so oft außer Stand, für seine gekränkte Ehre sich Recht zu verschaffen.

IX. Verjährung durch Nichtgebrauch.

Nach R. R. ist bekanntlich die Wirkung dieser Verjährung das Erlöschen der Klage. Das Recht selbst dagegen bleibt fortbestehen. Ganz abweichend hiervon verordnet das A. L. R.:

„Die vollendete Verjährung durch Nichtbebrauch wirkt die rechtliche Vermuthung, daß die ehemals entstandenen Verbindlichkeit in der Zwischenzeit auf eine oder die andere Art gehoben worden.

Diese Vermuthung kann nur durch den vollständigen Beweis, daß der Andere unredlicher Weise, und gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit, sich der Erfüllung derselben entziehen wolle, entkräftet werden.“ §. 568. 569. I. 9.

Diese Bestimmungen sind nun mehrfach von den Romanisten angefochten, und als sich widersprechend dargestellt worden, und man erlaubte sich sogar die Behauptung aufzustellen, daß das A. L. R. mit sich in offenbarem Wider

spruche sich befände. Denn sagte man, wenn das A. L. R. im §. 568. festsetzt, daß der Nichtgebrauch die Vermuthung begründe, die Verpflichtung sei getilgt worden, so muß sich nothwendig erwarten lassen, daß jeder Gegenbeweis diese Vermuthung aufhebe, allein im §. 569. läßt es nur einen solchen Gegenbeweis zu, wodurch zugleich auch die Unredlichkeit des Verjährenden erwiesen wird, und es scheint daher, als verlange das A. L. R. im Widerspruche mit sich selbst und im Gegensatze des R. R. bona fides bei der Verjährung durch Nichtgebrauch, was zur Zeit der Redaktion allerdings auch die gewöhnliche Ansicht von den Bestimmungen des kanonischen Rechtes war *).

Erwägt man jedoch die Sache etwas genauer, so ergiebt sich jedoch dieser angebliche Widerspruch, als ein reines Resultat der fehlerhaften Interpretation der allegirten §§. Denn daß das A. L. R. keine bona fides verlangt, geht schon hinreichend daraus hervor, daß der Pfandschuldner das Pfandrecht des Gläubigers und der Vasall seine Lehnsverbindlichkeit durch Nichtgebrauch verjähren können, obschon beide nach der Natur ihrer Verbindlichkeit in mala fide sein müssen,

§. 245. Tit. 20. Th. I. §. 658. sqq. I. 18.

Noch deutlicher ergiebt sich dies daraus, daß

1) die Verjährung durch Nichtgebrauch schon durch die bloße Klageanmeldung, die Verjährung durch Besitz aber erst durch die Insinuation unterbrochen wird. §. 551. 603. I. 9.

2) daß die Verjährung durch Besitz schon durch außergerichtliches Mahnen unterbrochen wird, nicht aber die Verjährung durch Nichtgebrauch. §. 561. 611. I. 9.

3) daß eine bereits insinuirte Klage nie wieder von Neuem verjähren kann, während die Verjährung durch

---

*) Gans, Beiträge S. 23. Savigny in seinen Vorträgen über das A. L. R.

Nichtgebrauch, selbst gegen rechtskräftige Erkenntnisse wieder anfangen kann. §. 588. 607. I. 9.
welche sämmtliche Unterschiede sich nur daraus erklären lassen, daß bei der Verjährung durch Besitz mit dem Verschwinden der **bona fides** auch die Verjährung ihre Endschaft erreicht, während bei der Verjährung durch Nichtgebrauch auf die **bona fides** gar nichts ankommt *). Es leidet daher keinen Zweifel, daß die **bona fides** keineswegs zu den Requisiten der Verjährung durch Nichtgebrauch gehöre.

Auch ergiebt sich dieses nunmehr aufs Klarste aus den Materialien des A. L. R. Suarez sagt ausdrücklich:

„Der ganzen Lehre der **praescriptio exstinctiva** liegt der Satz zum Grunde, daß es dabei auf **bonam fidem a parte** des Verpflichteten nicht ankommt."

Es ist aber auch der ganze Schluß der Romanisten, daß nach A. L. R. jeder Gegenbeweis die Vermuthung der Tilgung der vormals bestandenen Verbindlichkeit aufhebe, übereilt; vielmehr ist im §. 564. das Entgegengesetzte bestimmt, daß selbst das bloße Anerkentniß des Schuldners diese Vermuthung nicht aufheben soll. Dieser §. lautet nämlich:

„Ist die Verjährung bereits vollendet, so hebt ein Anerkenntniß des verloschenen Rechts die Wirkung derselben nur in sofern auf, als aus diesem Anerkenntnisse nach den Gesetzen, ein neuer Rechts-Grund entsteht."

Hieraus folgt also unbedingt, daß das Zugeständniß die Verbindlichkeit nicht erfüllt zu haben die Wirkung der Verjährung nicht aufhebe. Mit Unrecht ist von Bornemann Bd. II. S. 153. diese Bestimmung von formlosen Anerkenntnissen verstanden worden. Der Sinn des §. kann offenbar kein anderer sein, als der des §. 37. I. 5. A. L. R. in wel-

---

*) Derselben Meinung ist auch Thöne welcher diese Deduktion aufgenommen Bd. II. S. 460. Nota 7.

chem verordnet wird, daß das Anerkenntniß eines ungültigen Vertrages nur in so fern verbindlich ist, als das Anerkenntniß für einen neuen rechtsgültigen Vertrag angesehen werden kann. Ganz so muß aber auch der §. 568. I. 9. verstanden werden. Nur insofern der Verjährende durch Anerkenntniß die Absicht hat, von Neuem sich zu verpflichten, ist das Anerkenntniß, als neuer Vertrag von Wirksamkeit, keinesweges aber, wenn das Anerkenntniß blos das factum der nicht erfolgten Erfüllung der Verbindlichkeit zum Gegenstande hat.

Ist aber diese Ausführung richtig, so kann auch weiter nicht bezweifelt werden, daß, wenn auch der Verpflichtete die ganze Verjährungs-Zeit hindurch sich in mala fide befunden, und dieses nach vollendeter Verjährung zugesteht, dennoch das Recht durch Verjährung, als erloschen zu erachten sei, und nicht weiter geltend gemacht werden könne. In der That ergiebt sich auch die Richtigkeit des Gesagten aus den Materialien auf's Klarste.

Anfangs wollte man allerdings unterscheiden, ob der Verjährende das Recht des anderen Theils erst nach vollendeter Verjährung erfahren, oder schon im Laufe der Verjährung Kenntniß davon gehabt, und hat daher folgende Vorschrift in Vorschlag gebracht:

> Wer das Recht des Anderen einmal anerkannt hat, ist mit dem Einwande der Verjährung, wenn auch diese schon vollendet sein sollte, weiter nicht zu hören.
>
> „Doch wird die schon vollendete Verjährung durch die nachher erlangte Wissenschaft von dem Rechte des Anderen nicht aufgehoben *).

Diese Ansicht hat jedoch wie die Fassung des §. 564. ergiebt keinen Eingang gefunden, und zwar hauptsächlich deshalb, weil man zu der Ansicht gekommen, daß es bei der Verjährung durch Nichtgebrauch auf bona fides nicht an-

*) Simon u. v. Strampfs Zeitschr. Bd. III. S. 415. 416.

komme. Sehr klar drückt sich Suarez *) hierüber zu den §§. 551 — 564 aus:

„Dadurch, daß einige Monenten den eigentlichen Grund der **praescriptionis exstinctivae** aus den Augen verloren haben, sind sie auf verschiedene Abwege gerathen u. s. w. Man muß sich immer erinnern, daß **poena negligentiae** das eigentliche Fundament dieser Verjährung ist. u. s. w. **Bona** oder **mala fides** macht bei dieser Verjährung nichts aus. u. s. w.“

Hiernach wird man wohl schwerlich noch dem Gedanken Raum geben, daß die Verjährung durch Nichtgebrauch durch den Gegenbeweis der **mala fides** zerstört werde. Das A. L. R. giebt aber auch zu einer solchen Annahme gar keinen Anlaß, denn es stellt nicht die Vermuthung auf, daß die Verbindlichkeit von dem Verpflichteten getilgt sei, sondern daß sie auf die eine oder die andere Art getilgt sei. Es kann daher durch den Beweis, daß der Verpflichtete nicht bezahlt habe, nur eine Art der Tilgung ausgeschlossen, keinesweges aber die Vermuthung aufgehoben werden, daß die Verpflichtung auf eine andere Art, z. B. durch Zahlung eines Dritten, **expromissio** oder gerichtliche Renunciation getilgt sein könnte. Sie kann aber allerdings dadurch entkräftet werden, daß der Berechtigte Gründe angiebt, aus welchen hervor geht, daß er sein Recht nicht habe verfolgen können: z. B. wenn er nachweist, daß ihn der Schuldner durch trügerische Vorspielungen bis zum Ablaufe der Verjährung hingehalten hat; und dies ist auch der im §. 569. bezeichnete Gegenbeweis, wie dies aus dem Pleonasmus „unredlicher Weise, wider besseres Wissen“ genugsam hervorgeht **). Denn, sollte hier nur von **mala fides** die Rede sein, so war ja der Ausdruck wider bes-

---

*) l. c. S. 527.

**) Dieser Meinung scheint auch Bornemann in seinem Systeme. Bd. II. S. 154. No. a. sich zu nähern.

feres Wissen hinreichend, und es muß daher die Hinzufügung unredlicher Weise, als einen **dolus in faciendo** bezeichnend betrachtet werden. Diese Interpretation ist nicht nur den Worten des A. L. R. ganz angemessen, sondern sie stimmt auch mit dem §. 19. I. 16. A. G. O. überein, nach welchem der zehnjährige Nichtgebrauch einer Urkunde nur dann die Wirkung der Verjährung aufheben soll, wenn durch Hinterlist des Gegners, oder auch eines Dritten die frühere Auffindung verhindert worden sei.

Auch in den Materialien des A. L. R. findet die gegebne Interpretation ihre Bestätigung, wie folgende Bestimmung des Entwurfs ergiebt *):

> „Kann aber derjenige, wider welchen von der Verjährung Gebrauch gemacht werden soll, erweisen, daß er zu denen die Verjährung begründenden, Handlungen durch Betrug vermocht sei, so ist die Handlung oder das Unterlassen für nicht geschehen zu achten."

Ja selbst den Bestimmungen des R. R. entspricht diese Ansicht, und scheint sogar aus diesem entlehnt zu sein. Denn auch nach R. R. schadet dem Berechtigten eine Verjährung, die durch den **dolus** des Verjährenden herbeigeführt worden, durchaus nicht, nur daß der Berechtigte seinen Anspruch nicht mehr mit der verjährten Klage verfolgen kann, sondern mit der **actio doli** ihn geltend machen muß.

Fr. 1. §. 6. Lib. IV. Tit. 3. D.

Ein Unterschied, der im Land-Rechte, wo alle Klagen **innominatae** sind, natürlich wegfällt**).

Hierdurch läßt es sich auch erklären, warum das Eigenthumsrecht nicht wie im R. R. extinctiv verjähren kann. §. 7. §. 94. Tit. 21. Th. I. §. 504. Tit. 9. Th. I. Denn bei Eigenthumsrechten kann nicht eine Tilgung wie bei Obligationen, sondern nur eine Erwerbung vermuthet wer-

*) Simon in v. Strampf Zeitſ. Bd. III. S. 445.

**) Dieser Ausführung ist auch Thöne beigetreten. Bd. II. S. 482. in fine und Nota 5. ibid.

den, diese ist aber, nicht wie eine Tilgung (Zahlung) durch Dritte wider Wissen dessen, für den erworben werden soll, gesetzlich möglich. Es müßte denn der Erwerbende oder der für den erworben wird, den Titel der Erwerbung angeben können, alsdann würde aber eine Verjährung durch Besitz begründet sein.

X. Wann kann man sich mit Rechtsunkunde entschuldigen?

Es ist eine herrschende Ansicht, daß nach A. L. R. ein Rechtsirrthum nie entschuldigt *), und daß weder gewisse Personen, noch gewisse Fälle, wie im R. R. von dieser Regel ausgenommen sind. Dieser Ansicht ist im Ganzen auch Bornemann beigetreten; (Rechtsgeschäfte S. 125.) und glaubt nur folgende 3 Fälle ausnehmen zu müssen.

1) soll ein Rechtsirrthum gegen den entschuldigen, welcher ihn durch dolus verursacht hat;
2) soll der unrechtfertige Besitzer Evictionsleistung verlangen können, obschon dem unredlichen dieses Recht nicht zusteht;
3) soll der Richter denjenigen entschädigen müssen, welchen er zu einem Rechtsirrthume und dadurch zu nachtheiligen Handlungen veranlaßt hat.

Wir glauben dagegen weder der Regel noch den Ausnahmen beipflichten zu können, so belehrend wir auch sonst die genialen Ansichten dieses Schriftstellers finden.

Was die Ausnahme ad I. betrifft, so bemüht sich B. nachzuweisen, daß der Betrüger aus seinem Betruge keinen Vortheil ziehen kann, und mithin der durch Betrug veranlaßte Rechtsirrthum ihm ebenfalls nicht zum Vortheile gereichen darf. Ein solcher Nachweis ist meines Erachtens

---

*) Gans Beiträge S. 23. v. Röne zu Klein's System des Allg. Land-Rechts.

nicht erforderlich, gehört aber auch eigentlich nicht zur Lehre vom Rechtsirrthum. Der Betrüger muß, selbst, wenn er Jemanden verleitet hat, wissentlich gegen die Gesetze zu handeln, allen entstandenen Schaden ersetzen. Dies ist speziell anerkannt §. 963. II. 1. A. L. R.; denn es heißt daselbst:

„Wenn ein Theil den andern, durch Verschweigung oder Verheimlichung des obwaltenden Ehehindernisses, oder sonst (d. h. ohne Verschweigung des Ehehindernisses,) durch betrügliche Vorspiegelungen, zur Schließung einer nichtigen Ehe verleitet hat: so muß der Schuldige den Unschuldigen schadlos halten,"

woraus also klar erhellet, daß auch der Theil, welcher, obschon bekannt mit dem Ehehindernisse, durch den Betrug des andern zur Eingehung der Ehe verleitet wird, Schadloshaltung fordern kann (vergl. §. 37. I. 3. und die daselbst befindlichen Allegate).

Auch ist diese Wirkung des Betruges in dem von V. selbst allegirten §. 253. I. 14. anerkannt, in welchem gar nicht von Verleitung zu einem Rechtsirrthum, wie V. anzunehmen scheint, sondern von Vorspiegelungen, wodurch Jemand verleitet wird, wissentlich gegen die Gesetze zu handeln, die Rede ist. Derselbe lautet wie folgt:

„Hat der Bürge den Gläubiger durch unwahre Versicherungen verleitet, sich auf einen solchen Vertrag einzulassen, so haftet er denselben für allen daraus entstandenen Schaden, als Hauptschuldner."

Es ist daher mir nicht einleuchtend, warum V. das nur als eine Entschuldigung des Rechtsirrthums ansehen will, was selbst wissentlich begangene Ungesetzlichkeiten entschuldigt.

Noch weniger können wir mit der 2ten Ausnahme uns einverstanden erklären. Der von V. angeführte §. 161. I. 11. handelt ganz und gar nicht vom **error juris**, sondern nur von dem Falle, daß Jemand durch **culpa** in einen unrechtmäßigen Besitz kam. Es heißt ausdrücklich:

„Wird der Käufer blos deswegen, weil er bei Einkaufung der Sache nicht die gehörigr Vorsicht angewendet, in Rücksicht des wahren Eigenthümers einem unredlichen Besitzer gleich geachtet, so muß ihm der Verkäufer das erhaltene Kaufgeld zurückgeben.“

Hier ist also des **error juris** gar keine Erwähnung gethan, und das einzige, was B. für sich hat, ist das daselbst befindliche Allegat §. 12. seqq. Tit. 7., wo allerdings vom unrechtfertigen Besitzer gesprochen wird. Allein im §. 14. eod. sind ebenfalls alle die Ausnahmen allegirt, in welchen der unrechtfertige Besitzer dem unredlichen nicht gleich gestellt ist, unter welchen aber der §. 161. I. 11. sich nicht findet; obschon nach B. in diesem der unrechtfertige Besitzer weniger als irgendwo dem unredlichen gleichgestellt ist, da der Letztere nie auf Eviction Anspruch hat. §. 159. I. 11. Es ist daher höchst wahrscheinlich, daß das Allegat einen Druckfehler enthalte, und §. 15. sqq. anstatt §. 12. heißen soll. Denn nur im §. 15. sqq. ist vom unrechtmäßigen Besitzer **ex culpa** die Rede.

Ganz besonders aber sind wir mit der Ausnahme ad 3. nicht einverstanden. B. sucht hier die Ansicht von Grävell, nach welcher ein durch den Richter veranlaßter Irrthum unbedingt entschuldigen soll, dahin zu modifiziren, daß ein solcher Irrthum nur zu einem Regresse gegen den Richter berechtige, und nur in den Fällen §. 393. 553. I. 9. unbedingt auch gegen Dritte entschuldige. Wir glauben dagegen, daß in diesen §§. die Ansicht Grävells ganz und gar nicht gerechtfertigt ist, daß sich aber wohl sonst dieselbe rechtfertigen ließe. Denn in dem §. 393. cit. heißt es:

„Doch verliert die Erklärung (Erbschaftsentsagung) blos dadurch, daß sie aus Versehen bei einem nicht gehörigen Gerichte geschehen ist, ihre rechtlichen Wirkungen noch nicht, in sofern nur der Erbe, sogleich nach erhaltener Bedeutung darüber, dieselbe gehörigen Orts angebracht hat,“

woraus folgt, daß, wenn selbst der Erbe mit seiner Entsa-

gung am letzten Tage der gesetzlichen Frist an einen inkompetenten Richter sich wendet, und von diesem sofort an den kompetenten Richter gewiesen wird, die Verjährungsfrist als unterbrochen angesehen wird, wenn auch nach Ablauf der gesetzlichen Frist noch einige Zeit verstreicht, bevor die Erbschaftsentsagung zu dem kompetenten Richter gelangen kann. Ja, bei der Verjährung hat sogar der Kläger, wenn er seine Klage bei einem inkompetenten Richter angestellt hat, noch ein ganzes Jahr Zeit sich an den kompetenten Richter zu wenden, wenn auch inzwischen die Verjährungsfrist abgelaufen sein sollte. §. 552. 510. I. 9. Da nun aber in beiden Fällen der Richter den Rechtsirrthum nicht veranlaßt, sondern ihn sogar berichtigt hat, und derselbe dennoch entschuldigt wird, so muß nothwendig die Entschuldigung des Rechtsirrthums einen andern Grund haben, und es läßt sich nicht gut erklären, wie man aus eben diesen §§. den Schluß ziehen wollte, daß nur ein vom Richter veranlaßter Rechtsirrthum die Partheien entschuldige. Freilich liegt es implicite in den §. 393. und ist speziell im §. 553. I. 9., ausgesprochen, daß so lange der Richter den Kläger nicht zurecht weist, die Verjährung unterbrochen bleibt; allein hierdurch wird nur erwiesen, daß die Entschuldigung des Rechtsirrthums, welche bereits eingetreten ist, alsdann kontinuirt wird. B. hat demnach gar keinen Grund die erwähnten §§. als seiner Ansicht entgegenstehend zu betrachten. Seine Hauptansicht aber, daß ein Rechtsirrthum nicht gegen Dritte entschuldigen, und nur den Richter, welcher ihn veranlaßt hat, zur Entschädigung verpflichten kann, glauben wir deshalb bestreiten zu müssen, weil der von ihm angeführte §. 430. I. 20. nach welchem ein vom Richter ins Hypothekenbuch eingetragenes ungültiges Instrument, nur den Richter zur Entschädigung verpflichtet, nicht aber dem Eingetragenen ein hypothekarisches Recht verleiht, für seine Behauptung unseres Erachtens gar nichts beweist; da selbst, wenn ein Rechtsirrthum unbedingt entschuldigen möchte, dennoch nie derjenige, welcher gar kein Recht hat, bloß

deshalb, weil er aus Gesetzesunkunde ein solches zu haben glaubt, und vom Richter in diesem Irrthume bestärkt wird, ein Recht erhalten kann. Dies ist nun bei unserem §. ganz der Fall und er kann daher nichts für B. beweisen. Desto mehr sprechen aber folgende §§. gegen ihn.

1) bestimmen die §§. 741. 742. II. 8, daß die Wechselverbindlichkeit dispositionsunfähiger Personen, die vom Richter ein Certificat erhalten haben, gültig sind, und der Unfähige wegen erlittenen Nachtheils sich nur an den Richter halten soll.
Nach B. hingegen müßte ganz entgegensetzt die Wechselverbindlichkeit ungültig sein, und der Dritte, welcher durch das richterliche Certificat zu dem Rechtsirrthume verleitet worden, eine dispositionsunfähige Person, welche nach §. 733. eod. nie vom Richter als wechselfähig erklärt werden darf, für wechselfähig zu halten, sich nur an den Richter regressiren können.

2) bestimmen die §§. 502, 503. I. 20. daß, wenn der Richter bei Eintragung in der Folgeordnung geirrt hat, die Eintragung gültig sein solle, und der hierdurch Benachtheiligte nur an den Richter sich regressiren kann.
Nach B. hingegen müßte hier ebenfalls der Rechtsirrthum dem Dritten nicht schaden und die ungesetzliche Eintragung ungültig sein.

3) wird §. 73. sqq. I. 12. verordnet, daß ein bei dem inkompetenten Richter errichtetes Testament gültig sein und nur den Richter straffällig machen soll.

4) wird ebenfalls §. 1037. sqq. II. 8. bestimmt, daß wenn der Richter bei dem Protest die Aufnahme eines Protokolls irrthümlich unterlassen hat, der Protest gültig bleibt, und der Richter nur dem, gegen den der Protest aufgenommen wurde, verantwortlich ist.
Nach B. müßte dagegen in beiden Fällen die Handlung ungültig sein, und diejenigen, welche durch den Richter verleitet worden sind, die Handlung für gesetz-

mäßig zu halten, sich an den Richter regressiren, da einem Dritten auch ein entschuldbarer Irrthum nie schaden soll.

Aus allem diesen glauben wir, von der Meinung des V. abweichen zu müssen. Allein eben so wenig können wir der entgegengesetzten Ansicht sein, daß ein vom Richter veranlaßter Irrthum unbedingt entschuldige, denn

1) bestimmt §. 349 — 355. I. 11., daß ein gerichtlicher Verkauf wegen vorgefallener Rechtsirrungen widerrufen werden könne, und nur den Richter verantwortlich macht.

2) verordnet §. 227. I. 14., daß Bürgerschaften der Frauenspersonen, bei denen der Richter die gesetzlichen Vorschriften nicht beobachtet hat, ungültig sind, und nur den Richter zum Schadenersatz verpflichten können.

3) sind Testamente wegen vom Richter begangener wesentlicher Fehler ungültig und der Honorirte kann nur an den Richter sich regressiren. §. 139. 140. I. 12.

Es fragt sich daher, wie lassen sich diese scheinbaren Widersprüche heben? Dies glauben wir auf folgende Weise bewirken zu können. Man muß nämlich unterscheiden:

a. ob in den wesentlichen Erfordernissen dem Gesetze nicht genügt worden, oder nur in dem unwesentlichen;

b. ob durch den Rechtsirrthum ein Recht erworben oder nur erhalten werden soll.

In dem ersten Falle, wozu besonders der Irrthum in der Kompetenz des Richters gehört, wird der Rechtsirrthum stets entschuldigt, sei es, daß dadurch ein Recht erhalten werden, wie dies bei der Unterbrechung der Verjährung §. 552. I. 9. bei der Erbschaftsentsagung §. 393. I. 9. und beim mangelhaften Proteste §. 1037 — 139. II. 8. der Fall ist, oder daß ein Recht erworben werden soll, wie bei Testamenten, die vor einem inkompetenten Gerichte auf- und angenommen worden §. 73. 74. I. 12., oder bei gerichtlichen Verkäufen, insofern hier in minder wesentlichen Form-

lichkeiten gefehlt ward. §. 357. 358. I. 11. §. 587. II. 18.*).

Ist hingegen von dem Richter in den wesentlichen Erfordernissen gefehlt, so wird die Handlung nur dann gültig sein, wenn es sich um Erhaltung und Sicherung eines erworbenen Rechtes handelt, nicht aber, wenn durch den richterlichen Irrthum erst ein Recht entstehen soll. Daher ist ein in wesentlichen Punkten fehlerhafter gerichtlicher Verkauf und eine fehlerhafte Bürgschaft einer Frau ungültig §. 347 — 355. I. 11. §. 227. I. 14. und aus gleichem Grunde die Eintragung eines fehlerhaften Instruments §. 430. I. 20., während eine gesetzwidrige Eintragung eines gültigen Instruments und die Wechselverbindlichkeit eines mit einem Certificat versehenen Dispositionsunfähigen gültig sind indem sie nur zur Sicherung des Rechtes, welches aus dem Darlehn entspringt, dienen §. 502. I. 20. §. 741. 742. II. 8.

Soviel von den angeblichen Ausnahmen. Wir kommen nun zu der Regel selbst. —

Auch hier, glauben wir, ist man zu weit gegangen, wenn man, gestützt auf den §. 12. der Einl., den Grundsatz aufgestellt hat, daß Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldige, und des §. 13. eod. Erwähnung gethan, in welchem noch diejenigen Fälle ausgenommen werden, wo vorhin erlaubte, oder als gleichgültig angesehene Handlungen, durch Strafgesetze eingeschränkt oder verboten werden. Freilich wird oft von den Romanisten der §. 13. als nichtssagend verworfen, weil jede verbotene Handlung vor erlassenem Verbote erlaubt gewesen sein muß und mithin ein error juris stets entschuldigen müsse, was dem §. 12. entgegen wäre. Allein der Sinn dieses Paragraphen ist offenbar ein sehr richtiger. Schon im Römischen Rechte unter-

---

*) Diese Ansicht ist jetzt von Hr. K. G. R. B. in seinem rühmlichen Systeme des P. R. Bd. I. S. 192. Nota 2. selbst ausgesprochen, und es fällt mithin die von mir S. 38. und 39. ausgeführte Rüge fort.

schied man bei Personen, die sich sonst mit error juris entschuldigen konnten, zwischen erlaubten Handlungen ex jure gentium und ex jure civili, Feuerbach Seite 64. Nota a. L. 38. §. 2. 4. 7. D. ad. L. jul. de adult. Nur bei den ersteren entschuldigte man den Rechtsirrthum nicht, wohl aber bei den letztern. Und mit Recht. Denn da bei Verbrechen ex jure gentium schon das moralische Gefühl dem Verbrecher das verübte Unrecht zeigen kann, so verdient derselbe keine Entschuldigung wegen der Unkenntniß der positiven Strafgesetze. Diese im R. R., nur bei einzelnen Personen, geltende zweckmäßige Unterscheidung will nun, unseres Erachtens, das A. L. R. generaliter gelten lassen, und es soll nach diesem, sich Jeder mit einem unverschuldeten error juris entschuldigen können, insofern die Handlung vor dem Prohibitiv-Gesetze gleichgültig d. h. moralisch erlaubt gewesen. Allein das A. L. R. geht noch weiter, und will vernünftigerweise auch solche Handlungen entschuldigen, welche zwar moralisch unerlaubt sind, aber früher durch positive Permissiv-Gesetze erlaubt waren, und erst durch neuere Gesetze verboten worden sind, weil auch hier ein Rechtsirrthum sehr verzeihlich ist. Der Sinn des §. 13. ist demnach der:

> Es soll nur in dem Falle ein unverschuldeter error juris nicht angerechnet werden, wo durch positive Permissivgesetze erlaubt gewesene, oder an und für sich moralisch erlaubte (gleichgültige) Handlungen, durch neue Gesetze verboten worden sind.

Es kann aber auch eine Handlung moralisch unerlaubt sein, und bei Begehung derselben dennoch keine Immoralität stattfinden; z. B. wenn sie aus culpa verübt worden. Auch hier müßte billiger Weise ein error juris entschuldigen, und deshalb bestimmt das A. L. R. §. 10. 11. II. 20.

> „Eine absichtliche Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit, kann durch Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldigt werden.
>
> Sonst (d. h. wenn sie nicht absichtlich, sondern culpose geschieht) trifft die Strenge der Gesetze nur den,

welcher das Strafgesetz zu wissen schuldig, und im Stande gewesen ist."

Jarke glaubt zwar, daß in diesen §§. die Verbrechen gegen die Sittlichkeit, den Verletzungen der öffentlichen oder Privatsicherheit, entgegengesetzt werden, und sucht hieraus einen Vorwurf gegen das A. L. R. zu entnehmen; da bei Sitten-Gesetzen, welche dem Menschen innewohnen, weit weniger ein error juris gehört werden dürfte. Es ist indeß die Unrichtigkeit dieser Ansicht bereits von Stieler *) vollkommen nachgewiesen, und der hier ausgeführten, schon vor Jahren von mir in der Jur. Zeit. ausgesprochenen Interpretation, beigetreten worden.

Man muß demnach nach A. L. R. bei Uebertretung von Prohibitiv-Gesetzen stets einen unverschuldeten error juris entschuldigen, wenn die Handlung keine Immoralität enthält.

Noch weit mehr aber als bei Prohibitiv- und Präceptiv-Gesetzen muß bei Permissiv-Gesetzen ein error juris entschuldigt werden. Ja wenn bei den ersteren nur Ausnahmen nachgewiesen werden konnten, so kann man von diesen behaupten, daß error juris stets entschuldige. Freilich kann bei Permissiv-Gesetzen der error juris nur in dem einzelnen Falle zur Sprache kommen, wenn Jemand etwas, wovon ihn die Gesetze befreien, aus Rechtsunkunde leistet und deshalb die condictio indebiti anstellen will; aber hierbei kann man auch unbedingt behaupten, daß eine cond. indeb. nach A. L. R. zulässig ist **). Zwar will Grävell aus §. 176. I. 16. das Entgegengesetzte herleiten, allein in diesem §. wird die cond. indeb. nicht wegen error juris, sondern wegen der vorhandenen moralischen Verbindlichkeit ausgeschlossen. Es läßt sich vielmehr aus den Wor-

---

*) Hitzigs Zeitschrift Heft 44. S. 401 — 405.

**) Nach R. R. ist es bekanntlich wegen L. 10. Cod. de jur. et fact. ignorantia streitig.

ten dieses §. beweisen, daß ein **error juris** der **cond. indeb.** nicht entgegenstehe *). Denn es heißt:

„Bei Zahlungen aus einem, bloß wegen Mangel der gesetzmäßigen Form, unverbindlichen Geschäfte, findet die Rückforderung aus einer vorgeschützten Unwissenheit dieser gesetzlichen Vorschriften niemals Statt,"

woraus ganz klar erhellet, daß die **cond. indeb.** nur bei den der Form nach ungültigen Geschäften nicht zulässig ist, weil hier noch immer eine **oblig. naturalis** bleibt, daß sie aber bei denen aus andern Gründen ungültigen Geschäften wohl zulässig ist. Dies könnte aber nicht der Fall sein, wenn ein **error juris** stets die **cond. indeb.** ausschließen möchte.

Zur Gewißheit aber wird dieser Schluß durch §. 179. I. 16., indem es daselbst heißt:

„War bei dem Zahlenden eine, wenn auch nur unvollkommene Pflicht zur Zahlung vorhanden: so findet keine Rückforderung statt, wenn gleich derselbe, wegen eines vorhandenen positiven Gesetzes, zur Zahlung wider seinen Willen nicht hätte angehalten werden können,"

wonach kein Zweifel übrig bleibt, daß nur die vorhandene unvollkommene Pflicht (**obligatio naturalis**) zur Zahlung, keinesweges aber der **error juris** die **cond. indeb.** ausschließt. Sonst müßte im vorliegenden Falle, der von einer Zahlung handelt, die nach positiven Gesetzen nicht geleistet zu werden braucht, selbst wenn auch keine unvollkommene Pflicht zur Zahlung da wäre, die **cond. indeb.** ausgeschlossen werden.

---

*) Die Richtigkeit dieser Ansicht ist jetzt durch Suarez amtliche Vorträge S. 53. ganz klar erwiesen, indem es daselbst heißt:

„Die einzige Abweichung des A. L. R. vom R. R. in der Lehre der condictio indebili besteht darin, daß nach A. L. R. auf den Unterschied inter errorem juris et facti keine Rücksicht genommen, vielmehr statuirt ist, daß auch error juris die condictio indebili begründe."

Ja, aus der Fassung des §. 179. geht sogar ganz klar hervor, daß ein error juris für eine größere Rechtfertigung der cond. indeb. gehalten wird, als ein error facti, indem daselbst gesagt wird, daß wenn gleich ein error juris die Zahlung veranlaßt hat, dennoch die Rückforderung nicht stattfinden soll, sobald eine moralische Verbindlichkeit vorhanden ist. Würde aber ein error juris für keine größere Rechtfertigung der cond. indeb. als ein error facti gehalten worden sein, so würde weder die Wiederholung einer Bestimmung, die bereits bei dem error facti angegeben worden, noch der Ausdruck „wenn gleich" sich erklären lassen. Aber auch in den §§. 182. 183. I. 16. ist unser Satz vollkommen anerkannt. Denn es heißt daselbst, daß Zahlungen aus einer gesetzlich ungültigen Urkunde nur dann nicht zurückgefordert werden können, wenn eine moralische Verbindlichkeit da ist, und wir sehen mithin abermals, daß nur die moralische Verpflichtung, und nicht der error juris, die cond. indeb. ausschließt.

Wir glauben daher aus dem bisher Gesagten hinsichts des error juris nach A. L. R. folgende Regeln abstrahiren zu können:

1) Bei Permissiv-Gesetzen entschuldigt ein error juris unbedingt.
2) Bei Prohibitiv-Gesetzen aber nur insofern, als der Irrthum unverschuldet ist, und in der begangenen Handlung keine Immoralität liegt.
3) Dagegen entschuldigt ein error juris bei Präceptivgesetzen nur dann, wenn in minder wesentlichen gesetzlichen Bestimmungen geirrt wurde, oder wenn nur erworbene Rechte erhalten und gesichert werden sollen, vorausgesetzt, daß der Irrthum unverschuldet ist, welches aber immer der Fall ist, wenn er durch den Richter veranlaßt worden.

XI. Von der Collision der Gesetze hinsichts der Zeit.

Wenn vormals entstandene Rechtsverhältnisse unter veränderten Umständen zur Sprache kommen, so kann es oft zweifelhaft sein, ob sie nach dem Zeitpunkte ihrer Entstehung, oder nach dem gegenwärtigen beurtheilt werden müssen. Besonders kann es alsdann sich fragen, ob vormals unwirksame Handlungen und wirkungslose Rechts-Verhältnisse, welche jetzt wirksam sein würden, konvalesciren, und umgekehrt, ob früher gültig gewesene Rechts-Verhältnisse, welche jetzt keine Gültigkeit erlangen könnten, ihre bereits erlangte Wirksamkeit wieder verlieren.

Eine solche Collision kann auf eine dreifache Weise sich bilden:

1) wenn frühere Gesetze durch neuere Verordnungen aufgehoben werden.

2) Wenn wegen besonderer Umstände z. B. wegen Kriegesverhältnisse andere Gesetze zur Zeit des entstandenen Rechts-Verhältnisses zur Anwendung gekommen, diese Umstände aber zur Zeit, wo das Rechts-Verhältniß realisirt werden soll, nicht mehr statt finden. Was namentlich bei Testanten, die im Felde, oder zur Pestzeit errichtet worden sind, zur Sprache kommen kann, wenn der Testator erst viel später verstorben ist.

3) wenn hinsichts der verpflichteten Personen die Gesetze sich geändert haben. Was besonders der Fall sein kann, bei Veränderung des Wohnortes, des Standes u. s. w. Z. B. ein Ausländer hat in seinem Vaterlande Pflichten überkommen, und ist später preußischer Unterthan geworden, oder Jemand hat, als Militair sich verpflichtet, und ist später in Zivilstand getreten.

Die Theoretiker des gemeinen Rechtes sondern diese

Fälle sehr genau und sprechen im ersten Falle von der rückwirkenden Kraft der Gesetze, in den letzteren dagegen von der Convaleszens und Infirmation der Rechts-Geschäfte. Diese Unterscheidung ist jedoch ohne allen Grund. Allen diesen Fällen liegt eine und dieselbe Frage zu Grunde. Soll die Vergangenheit oder die Gegenwart entscheiden, das, was vormals Recht gewesen, oder was nunmehr Rechtens ist? Es müssen mithin auch dieselben Grundsätze bei Lösung dieser Frage zur Anwendung kommen. Diese Grundsätze sind nur nach unsrem Dafürhalten folgende:

Im Allgemeinen gilt nun die Kardinalregel, Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, ausgenommen mildere Kriminal-Gesetze und authentische Interpretationen §. 14. 15. 18. Einl. Die Regel, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, ist jedoch nur dahin zu verstehen, das **jura quaesita** d. h. völlig abgemachte Rechts-Verhältnisse nicht weiter angefochten werden können. Ist daher ein Recht durch Perfektion eines Vertrages, durch Vollendung einer Handlung, durch Verjährung, Judikat oder sonst völlig erworben oder aufgehoben, so muß es auch, trotz der eingetretenen Gesetzes-Veränderung, ferner dabei sein Bewenden behalten. Es können mithin weder die ursprünglich nichtigen Verträge und effektlosen Handlungen in der Folge konvaleszircn, noch die anfänglich wirksamen später ihre Wirksamkeit verlieren. Wie dieses auch vielfach in den Gesetzen ausgesprochen wird, und zwar:

a) für die Publikation neuer Gesetze §. 11. P. P.
b) für die Veränderung des Standes §. 712. I. 11. 745. II. 8. §. 338. II. 1.
c) für Veränderungen, welche durch andere Umstände herbeigeführt worden sind. §. 77. 884. 941. II. 1. §. 18. I. 20. §. 941. II. 18.

Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn das Rechts-Verhältniß ein ungültiges, ein **revocabilis** ist, wo ein Theil dasselbe wieder aufrufen kann. Hier wird das Recht erst mit der **recission** des Rechts-Verhältnisses, als aufgehoben

betrachtet; so lange diese noch nicht erfolgt ist, bleibt das Rechts-Verhältniß ipso jure rechtsbeständig, und das Recht zum Widerrufe fällt fort, sobald durch neuere Gesetze, oder durch veränderte Umstände der Grund der Ungültigkeit und des Widerrufes fortgefallen. Es entscheidet mithin immer die Gegenwart. Dieses ist auch mehrfach in den Gesetzen anerkannt und zwar:

a. für die Publikation neuer Gesetze:

1) §. 10. P. P. nach welchem Rechts-Verhältnisse, die einseitig abgeändert werden können, nach neuerem Rechte beurtheilt werden sollen.

2) §. 17. Einl. nach welchem ungültige Handlnngen konvaleszirèn, wenn sie nach neuerem Rechte rechtsbeständig sind. Daß aber der Ausdruck ungültig im A. L. R. nicht blos bei der Ehe, sondern fast überall mit widerruflich gleichbedeutend ist, und von nichtig unterschieden wird, stellt sich vielfach im A. L. R. aufs Klarste heraus, und lassen bei einem Festhalten dieses Unterschiedes, sich viele Schwierigkeiten beseitigen.

b. für die Veränderung der Umstände:

1) §. 975. II. 1. A. L. R. nach welchem jede ungültige Ehe als vom Anfange an, gültig, betrachtet wird, wenn das Ehehinderniß in der Folge gehoben wird, während nichtige Ehen niemals konvaleszirèn können, wenn auch das Hinderniß gehoben wird.

2) §. 941. II. 1. A. L. R. können mündliche Verträge, welche nach den Gesetzen schriftlich hätten abgefaßt werden müssen, durch nachheriges schriftliches Anerkenntniß, konvaleszirèn §. 185. I. 5. Wovon der Grund offenbar ebenfalls kein anderer sein kann, als, daß dergleichen Verträge blos ungültig sind, d. h. zwar angefochten werden können, ipso jure aber rechtsbeständig sind.

Aus diesem Allen geht nun unstreitig hervor, daß früher entstandene Rechts-Verhältnisse, welche nur einseitig ab-

geändert werden können, nicht nach der Zeit ihrer Entstehung, sondern ihrer Geltendmachung beurtheilt werden müssen, so daß sie vollkommen bindend werden, wenn der Grund der Ungültigkeit später, sei es durch neuere Gesetze oder durch veränderte Umstände fortfällt.

Was aber von ungültigen Rechts-Verhältnissen Rechtens ist, muß noch weit mehr von einseitigen Dispositionen Anwendung finden. Z. B. von Testamenten. Da diese nicht nur beliebig abgeändert werden können, sondern bei Lebzeiten des Erblassers gar kein Recht erzeugen.

Dieses ist auch vielfach in unserer Gesetzgebung anerkannt. Denn es bestimmt:

1) das P. P. vom 9. Novbr. 1816. §. 8. und des P. P. vom 15. Novbr. 1816. §. 8. daß die testam. factio. passiva und der Pflichttheil auch bei älteren Testamenten nach den neueren Gesetzen beurtheilt werden müssen.

2) bestimmt §. 13. I. 12.

„Stand ihm (dem Testator) aber nur das Verbot eines positiven Gesetzes, welches sich nicht auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zur Willenserklärung bezieht, dabei entgegen: so wird die Verordnung gültig, wenn das Hinderniß in der Folge hinweggefallen ist.“

und wir ersehen hieraus, und ebenso aus §. 30. eodem, daß auch die testam. factio activa nach dem neueren Gesetze beurtheilt werden müsse, so daß früher ungültig gewesene Dispositionen vermöge neuerer Gesetze konvaleszieren können.

3) heißt es:

§. 547. II. 2. bei der Quasi pupillaris substitutio.

„Ist eine solche Unfähigkeit der Kinder, selbst letztwillig zu verordnen, bei dem Ableben des Vaters wirklich vorhanden; so gilt die Substitution, auch wenn zu der Zeit, da sie errichtet wurde, dergleichen Unfähigkeit noch nicht da gewesen wäre;“

woraus ebenfalls hinreichend hervorgeht, daß die Gültigkeit

letztwilliger Dispositionen nicht nach der Zeit ihrer Errichtung beurtheilt werden.

4) Verliert eine **pupillaris substitutio** ihre Gültigkeit, sobald der Vater die **patria potestas** verliert,

§. 542. II. 2.

welches ebenfalls nicht Statt finden könnte, wenn letztwillige Dispositionen nach der Zeit ihrer Errichtung beurtheilt werden müßten.

5) heißt es:

§. 14. I. 12.

„In so fern die Unfähigkeit zu testiren, als die Strafe einer gesetzwidrigen Handlung anzusehen ist, erstreckt sich dieselbe auch auf vorher errichtete letztwillige Verordnungen zurück;"

und es wird hierdurch abermals unser Satz bestärkt, daß einseitige Dispositionen nach den zur Zeit bestehenden gesetzlichen Bestimmungen beurtheilt werden müssen.

Aehnliche Beläge ergeben sich aus

§. 582. I. 12. §. 452. 455. 456. II. 2. §. 833. II. 1.

welche sämmtlich Fälle enthalten, wo bald anfänglich gültig gewesene Dispositionen später ungültig, bald wieder anfänglich ungültig gewesene später gültig werden.

Selbst hinsichts der äußeren Form ist es mehrfach ausgesprochen, daß letztwillige Dispositionen nicht nach der Zeit ihrer Entstehung, sondern nach der Zeit ihrer Realisirung beurtheilt werden müssen. Denn es bestimmt:

1) das P. P. 1814. §. 7. 1816. §. 9. für die neuen Provinzen, daß die in der ältern Form errichteten Testamente innerhalb Jahres-Frist, den Vorschriften des A. L. R. gemäß, abgeändert werden sollen.

2) bestimmen die §§. 179. 193. 201. 590. I. 12. daß Militair-Testamente und solche die zur Pest-Zeit errichtet worden sind, nach gehobenem Hindernisse innerhalb Jahres-Frist geändert, und die fehlenden Förmlichkeiten nachgeholt werden sollen.

Nur hinsichts der vor 1794 errichteten Testamente macht der §. 12. P. P. eine Ausnahme, indem er verordnet, daß diese Testamente in allen Punkten nach dem älteren Rechte beurtheilt werden sollen. Da jedoch diese Bestimmung damit entschuldigt wird, weil sonst große Weitläuftigkeiten und Kosten den Unterthanen erwachsen möchten, so beweist dieser §. nur desto mehr, daß die leitenden Grundsätze des A. L. R. das Entgegengesetzte verlangen.

Zu diesen leitenden Grundsätzen, die in §. 10. P. P. enthalten sind, ist man auch wie wir gesehen in den P. P. v. 1814. 1816 zurückgekehrt, wo man solche zarte Rücksichten nicht genommen hat.

Schwieriger wird die Entscheidung bei einer Collision der Gesetze hinsichts der Folgen der Rechts-Verhältnisse und deren Fortdauer (Permanenz). Die Lehrer des gemeinen Rechtes sind sehr getheilter Meinung. Man kann jedoch als richtig für das R. R. annehmen, daß neuere Prohibitiv-Gesetze stets ältere Rechtsverhältnisse, in so weit sie nicht schon beendigt sind, aufheben, während Präceptiv- und Permissiv-Gesetze nur für zukünftige Fälle Anwendung erhalten können *). Denn Justinian hat bei dem Verbot des pactum commissorium, wie auch bei dem Verbote hoher Zinsen und bei vielen andern Prohibitiv-Gesetzen ganz speziell bestimmt, daß sie auch für bereits bestehende Rechts-Verhältnisse gelten sollen.

L. 3. Cod. VIII. 35.
L. 17. Cod. IV. 21.
L. 27. pr. Cod. IV. 32.
L. 1. Cod. I. 53.

Dagegen ist hinsichts der Form, sowohl einseitiger Willens-Erklärungen als zweiseitiger, und bei vielen andern Präceptiv- und Permissiv-Gesetzen, speziell verordnet, daß sie nur für künftige Fälle gegeben sind.

---

*) Weber p. 16. Glück in der Einl. p. 29.

fr. 8. pr. D. XVII. 1.
fr. 58. §. 2. D. XVII. 2.
fr. 1. pr. D. XXXV. 2.

Dasselbe gilt, wenn eine Veränderung des Standes, des Domicils, oder anderer Umstände andere gesetzliche Bestimmungen herbeiführen. Auch hier tritt bei ursprünglich unwirksamen Rechtsverhältnissen keine Konvalescenz ein, nur werden in der Regel hier, nicht nur wegen Prohibitiv-Gesetzen, sondern auch wegen neuerer Präceptiv-Gesetze, ältere Rechts-Verhältnisse entkräftet *).

Es frägt sich nun, wie weit schließt sich das Preußische Recht diesen Grundsätzen des R. R. an.

Bei Prohibitiv-Gesetzen scheint es ganz dem R. R. gefolgt zu sein, denn es heißt:

P. P. vom 9. September 1814. §. 13.
P. P. vom Jahre 1816. §. 17.

„In Absicht der Höhe der erlaubten Zinsen treten nach dem Januar 1815. die Bestimmungen des A. L. R. und der darauf Bezug habenden spätere Verordnungen dergestalt ein, daß wenn in einem früheren Vertrage höhere Zinsen verabredet worden, als die Preuß. Gesetze verstatten, von dem Tage der Wirksamkeit des Letztern der Schuldner nur zur Zahlung der erlaubten Zinsen verpflichtet ist,"

welches ganz in dem Sinne der L. 27. pr. Cod. VI. 32. ist. Aus gleichem Grunde bestimmt auch das A. L. R.

§. 200. 201. II. 5.

hinsichts der Veränderung des Domicils:

„Wenn Fremde sich in Königlichen Landen niederlassen; oder auch, wenn Königliche Unterthanen auswärts erkaufte Sclaven in hiesige Lande bringen: so hört die Sclaverei auf.

Der Herr hat also kein persönliches Eigenthum

---

*) Mühlenbruch D. P. Th. I. §. 123.

über den gewesenen Sclaven." Andere Beläge finden sich §. 29. I. 11. §. 942. 943. II. 18.*)

Bei Präceptiv- und Permissiv-Gesetzen scheint dagegen das A. L. R. vom R. R. abzuweichen.

An generellen Bestimmungen fehlt es hierüber, wie im R. R. ganz, doch dürfte es nicht schwer halten, aus den vielen sich vorfindenden speziellen Bestimmungen, die allgemeinen Principien aufzufinden. Besonders wenn man die rückwirkende Kraft der Gesetze, nicht, wie es im gem. Rechte geschieht, von der Konvalescenz und der Infirmation der Rechtsgeschäfte trennt.

Herr v. Strombeck hat dies**) nur in Bezug auf die rückwirkende Kraft der Gesetze versucht. Von der Richtigkeit seiner Resultate haben wir uns jedoch nie zu überzeugen vermocht.

Hier einige Proben davon:

S. 21. 31. behauptet v. S., daß die rechtlichen Folgen der Verträge in jeder Beziehung nach der Zeit der Errichtung beurtheilt werden müssen, und daß selbst Remissions-Fälle, welche nach Einführung des A. L. R. sich zugetragen haben, nach Französischem Rechte beurtheilt werden sollen, wenn das Pachtverhältniß unter Französischem Rechte entstanden ist. Wäre diese Behauptung richtig; so müßten auch die Rechte im Konkurse, die Rechte der Exekution, die Rechte des Beweises nach der Zeit des geschlossenen Vertrages beurtheilt werden; und eben so müßten die Erbrechte und Scheidungsgründe der Ehegatten nach der Zeit des geschlossenen Ehevertrages beurtheilt werden. Unsere Gesetze bestimmen aber ganz entgegengesetzt, daß alle diese Punkte nach den neuern Gesetzen beurtheilt werden sollen. §. 15. P. P. vom 9. Sept. 1814.

---

*) Gleicher Meinung ist Bornemann in seinem Syst. B. I. S. 197.

**) Ergänzungen des A. L. R. Seite 16—88.

§. 706. I. 11. §. 638. II. 8. §. 391. 408. II. 1. A. L. R.

Rescr. v. 14. Jan. 1799. Stengel. Bd. 8. S. 301.

§. 496. II. 1. A. L. R. §. 14. P. P.

und wir glauben deshalb die Ansicht des v. S. bestreiten zu müssen.

Allerdings heißt es P. P. §. 11., daß Verträge, auch in Ansehung der daraus entstandenen rechtlichen Folgen, nach der Zeit des geschlossenen Vertrages beurtheilt werden sollen, allein man muß unmittelbare Rechte, die gleichzeitig mit dem Vertrage entstehen, von mittelbaren Rechten, die erst zufällig beim Eintritts-Falle eines Ereignisses erworben werden, unterscheiden. Nur bei den ersteren findet der §. 11. Anwendung, denn sie werden sofort erworben, und können daher, als jura quaesita, nicht wieder verloren gehen. Deshalb werden die Vermögens-Rechte der Eheleute nach der Zeit der geschloßnen Ehe beurtheilt, und die damals stattgefundene Gütergemeinschaft währet unter ihnen fort, wenn sie auch sich später an einem Orte niederlassen, wo keine Gütergemeinschaft obwaltet, oder wenn auch neuere Gesetze, am Orte der eingegangenen Ehe, die Gütergemeinschaft aufheben.

P. P. 1814. 1816.

§. 350. 351. II. 1. A. L. R.

Anders aber verhält es sich, wenn mittelbare Rechte eines Vertrages zur Sprache kommen, welche erst durch den Eintritt eines zufälligen Ereignisses entstehen und erworben werden sollen. Hier handelt es sich nicht um die Aufhebung eines jus quaesitum; sondern um die Erlangung eines Rechtes, und es müssen daher die neuern zur Zeit geltenden Gesetze zur Richtschnur dienen.

Zu solchen mittelbaren Rechten gehören aber vorzugsweise, die Prioritäts-Rechte im Konkurse, das Recht der Exekution, das Recht des Beweises, und Remissionsrechte bei Pacht-Verhältnissen. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Contrahenten bei Eingehung des Geschäftes nicht

daran denken, daß es zum Konkurse oder zur Exekution kommen könnte; sonst werden sie wohl schwerlich das Geschäft schließen, vielmehr treten solche Verhältnisse stets unvorhergesehen und unerwartet ein.

Nur aus diesem Gesichtspunkte läßt sich der §. 15. des P. P. v. 9. Sept. 1814. rechtfertigen, in welchem es heißt:

„Wenn es auf eine Klassifikation der Forderungen mehrerer Gläubiger ankömmt, so sind in allen Fällen, in welchen der Streit zwischen mehrern Gläubigern über das Vorzugsrecht erst nach dem 1. Jan. 1815. eintritt, die Vorschriften der Preußischen Gesetze, ohne Rücksicht auf die zur Zeit der Entstehung der Forderungen geltend gewesenen Gesetze, zum Grunde der Entscheidung zu legen. Ist aber ein wirkliches Pfandrecht bestellt worden, so muß der Gläubiger bei demselben geschützt werden. Gleichergestalt verbleibt den aus Urtheilen eingetragenen, so wie den stillschweigenden und gesetzlichen Hypotheken ihr bisheriges Vorzugsrecht."

Denn das Pfandrecht, selbst das gesetzliche, ist ein unmittelbares Recht, es wird mit dem Hauptvertrage gleichzeitig erworben, und kann als jus quaesitum nicht wieder verloren gehen, die Prioritätsrechte dagegen entstehen erst mit dem Eintritte des Konkurses, und müssen daher als mittelbare Rechte nach den neuern Gesetzen beurtheilt werden.

Aus gleichem Grunde bestimmt der §. 838. II. 8. A. L. R.

„Hat Jemand, welcher sich überhaupt rechtlich verbinden, und gültig Darlehne aufnehmen kann, aber nur von Wechselgeschäften ausgeschlossen gewesen ist, in der Folge die Wechselfähigkeit erlangt; so ist er auch aus seinen frühern, noch nicht verjährten Indossamenten wechselmäßig verhaftet."

Denn hier handelt es sich nur darum, ob der Verpflichtete im Wechselprozesse durch Personal-Arrest zur Zahlung angehalten werden soll; oder ob er im gewöhnlichen Prozesse durch die gewöhnlichen Mittel der Exekution zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gezwungen werden soll, und

es muß daher, da die Exekution nur eine mittelbare Folge des Vertrages ist, die Verbindlichkeit nach dem gegenwärtigen Zeitpunkte beurtheilt werden.

Ganz in diesem Sinne bestimmt auch der §. 706. I. 11., daß Personen, welche bei den Königlichen Singe- und Schauspielen angestellt sind, nach geschehener Entlassung, durch Exekution zur Bezahlung der Darlehne angehalten werden können, welche sie während ihres Dienstes aufgenommen haben, obschon sie, so lange sie im Dienste stehen, hiezu nicht angehalten werden können. Woraus wir abermals ersehen, daß das Recht der Exekution nicht nach der Zeit, in welcher der Vertrag errichtet ist, beurtheilt wird. Dasselbe finden wir auch in dem §. 391. II. 1. A. L. R. bestätigt; indem daselbst verordnet wird, daß Gläubiger, welche einem Ehegatten vor geschlossener Ehe kreditirt haben, sich im Wege der Exekution auch an das Vermögen des anderen Ehegatten halten können, wenn Gütergemeinschaft stattfindet. Welches ebenfalls nicht stattfinden würde, wenn die Exekution nach dem Zeitpunkte beurtheilt werden müßte, wo die Schulden gemacht worden sind.

Hinsichts der Remissions-Fälle und des Beweis-Verfahrens haben wir zwar keine Gesetzstellen; doch läßt sich nach dem bisher Gesagten annehmen, daß auch hierbei das neuere Gesetz zur Anwendung kommen muß.

Was aber bisher von den mittelbaren Rechten eines Vertrages gesagt wurde, muß ebenfalls von der Ehescheidung und dem Intestat-Erb-Rechte der Ehegatten gelten. Auch sie sind mittelbare Rechte des Ehe-Vertrages, denn die Ehegatten werden bei Eingehung einer Ehe wohl schwerlich an eine Scheidung oder Todesfall denken, und wo letzteres wirklich der Fall ist; da werden sie sich durch Erb-Verträge sicher stellen.

Deshalb bestimmt das Rescr. v. 14. Jan. 1799. Stengel Bd. 8. S. 301., daß bei einer Ehescheidung nur diejenigen Gesetze zur Anwendung kommen sollen, welche zur Zeit der verlangten Trennung vorgeschrieben sind, und daß

selbst hinsichts derjenigen Ausländer, welche erst nach ihrer Verheirathung ihren Wohnsitz in den Königl. Staaten aufgeschlagen haben, keine Ausnahme stattfinden soll *).

Nur bei der Erbfolge sind die gesetzlichen Bestimmungen nicht konsequent; indem zwar auch hier die neuen Gesetze Anwendung finden; doch mit der Modifikation, daß der überlebende Ehegatte die Wahl haben soll; ob er nach dem älteren Rechte oder dem neuen erben wolle. P. P. §. 14. §. 496. II. 1. A. L. R.

Noch weit mehr aber muß das, was bisher von den mittelbaren Folgen behauptet wurde, von den Rechten Dritter gelten, die nach geschlossenem Vertrage wider Willen der Kontrahenten entstehen. Diese müssen unbedingt, in so fern sie mit dem Vertrage in Kollision gerathen, nach den neueren Gesetzen beurtheilt werden. Denn die Kontrahenten können nur gegenseitig sich Rechte einräumen, nicht aber die etwanigen Ansprüche Dritter ausschließen, und es kann mithin in Beziehung auf Dritte von jura quaesita nicht die Rede sein. Daher kann eine Schenkung, selbst nach geschehener Uebergabe, von nachgebornen Kindern wegen Verletzung des Pflichttheils widerrufen werden. §. 1150. I. 11. A. L. R.

Dasselbe ist bei Erbverträgen speziell anerkannt, §. 617. I. 12., denn es heißt daselbst:

> „So weit Testamente wegen nicht eintreffender Bedingungen, wegen des von dem Erben verursachten Todes des Erblassers, oder wegen Dazwischenkunft ehelicher Kinder, sowie überhaupt durch Zufall entkräftet oder vereitelt werden; so weit werden unter eben den Umständen auch Erbverträge rückgängig.“

---

*) Dieser Aufsatz ist vor vier Jahren in der J. Z. erschienen. Inzwischen ist die hier aufgestellte Ansicht, von den mittelbaren Folgen, sehr geistreich durchgeführt worden von Göschel in der Zeitschrift von Simon und v. Strampff Bd. II. Heft I. S. 20—26.

Besonders aber zeigt sich die Richtigkeit unseres Satzes dadurch, daß mehrfach in dem A. L. R. angeordnet ist, daß jedes Vertrags-Verhältniß aufhören soll, sobald derjenige, welcher das Recht eingeräumt hat, seines Rechtes wider seinen Willen verlustig wird, wenn auch der Grund dieses Verlustes erst nach geschlossenem Vertrage entstanden sein sollte. §. 172. 173. I. 7. §. 33. I. 19. §. 75. 135. I. 20. Daher erlischt z. B. jedes Pacht- und Miethverhältniß; sobald eine nothwendige gerichtliche Veräußerung eintritt. §. 359. I. 21.

Andere Beläge liefern zu unserm Satze die §§. 352. 367. 428. II. 1. A. L. R.

Es muß daher hinsichts der Verträge die Regel so gestellt werden, daß nur unmittelbare Rechte eines Vertrages und auch diese nur in Beziehung auf die Kontrahenten, nach der Zeit der Errichtung des Vertrages beurtheilt werden können.

Richtig ist dagegen die Behauptung des v. S., S. 22. daß Handlungen nach der Zeit beurtheilt werden müssen, in welcher sie geschehen sind. Denn

1) bestimmt der §. 19. im A. L. R.

„In so fern aber aus einer verbotenen Handlung Privat-Rechte entspringen, muß auf die Gesetze, welche zur Zeit der Handlung gültig waren, Rücksicht genommen werden."

2) heißt es §. 7. I. 8. A. L. R.

„Aus der eintretenden Unfähigkeit zur Erwerbung von Sachen gewisser Art, folgt noch nicht die Unfähigkeit zur Fortsetzung des Eigenthums von vorhin schon erworbenen Sachen derselben Art."

3) verordnen die §§. 114. 115. I. 7. A. L. R.

„Durch eine Veränderung in den persönlichen Eigenschaften des Besitzers wird in der Fortdauer des Besitzes nichts geändert.

Durch den Verlust der Fähigkeit etwas zu erwerben,

geht der Besitz des vorhin schon Erworbenen noch nicht verloren."

4) bestimmt das Rescr. v. 14. Jan. 1799.

„Gründe einer nach Einführung des A. L. R. nachgesuchten Ehescheidung können nicht aus Thatsachen hergeleitet werden, welche sich früher ereigneten, und die das damals geltende Gesetz nicht für einen Ehescheidungsgrund erachtet hat."

Nur wenn eine Handluug zum Theile unter das alte Gesetz und zum Theile unter das neue fällt, muß auch das alte Gesetz in Betracht gezogen werden: in sofern auch aus jenem Theile der Handlung rechtliche Folgen hergeleitet werden sollen *).

Deshalb bestimmt der §. 17. P. P. daß eine Verjährung welche zum Theile unter das ältere Recht fällt, beiden Gesetzen genügen müsse, wenn die Zeit des Besitzes, welcher unter dem alten Recht stattfand, mitgezählt werden soll.

Aus gleichem Grunde bestimmen auch die §§. 587. 588. I. 9. daß ein Verjährungsunfähiger, welcher erst später die Fähigkeit zu verjähren erworben hat, sich die Zeit nicht zurechnen kann, welche er während seiner Unfähigkeit besaß, weil für diese Zeit auch die damaligen Gesetze eintreten müßten.

Was wir aber bisher von den Rechten, die aus Handlungen entspringen, behauptet haben, gilt ebenfalls von Rechten, die aus Unterlassungen entspringen, und deshalb hat der §. 12. P. P. v. 1816. dieselben Bestimmungen für die Verjährung durch Nichtgebrauch, welche der §. 17. P. P. 1794. für die Verjährung durch Besitz festsetzt, und es muß daher auch hier, wenn ein Theil der Zeit des Nichtgebrauches unter das alte Recht und ein Theil unter das neue fällt, beiden Gesetzen genügt, oder die frühere Zeit nicht mitgezählt werden.

Alles dies führt nun zu der Regel, daß Rechte, die aus Handlungen oder Unterlassungen entspringen, nach der Zeit beurtheilt werden müssen, wo die Handlung oder Unterlassung stattgefunden hat.

---

*) Derselben Meinung ist auch Göschel l. c. S. 27. u. f.

Nicht ganz einverstanden sind wir mit der Behauptung des v. S., daß Rechte, die unmittelbar aus dem Gesetze entspringen, unbedingt nach den neueren Gesetzen beurtheilt werden müssen.

Niemand wird in Abrede stellen, daß die Volljährigkeit unmittelbar aus dem Gesetze entspringt, und dennoch geht dieselbe nicht verloren, wenn das neuere Gesetz einen spätesten Termin festsetzt.

§. 13. P. P. 1814. §. 18. P. P. 1816.

Nach v. S. müßten aber, wenigstens hinsichts solcher Handlungen, welche unter dem neuen Gesetze erst vorgenommen werden sollen, die neueren Bestimmungen gelten.

Wie aber v. S. auch die Verjährung zu den Rechten, welche unmittelbar aus dem Gesetze entspringen, zählen kann, läßt sich nicht gut einsehen. Die Verjährung beruht auf einer rechtmäßigen Besitzergreifung und Fortsetzung dieses Besitzes, und wenn es auch nicht immer erforderlich ist, daß diese Fortsetzung in Handlungen sich äußere: so wird es wenigstens in der Regel der Fall sein, und ist bei der Verjährung von Rechten speziell vorgeschrieben. Denn es bestimmt der §. 596. I. 9.

> „Soll ein Recht, welches gewöhnlich ausgeübt werden kann, durch die ordentliche Verjährung erworben werden; so muß dessen Ausübung nach der Besitzergreifung jährlich wenigstens einmal erfolgt sein.

woraus genugsam hervorgeht, daß die Verjährung zu den Rechten aus Handlungen gezählt werden muß, wie dies auch von uns geschehen ist.

Zu diesen Irrthümern ist aber v. S. nur durch falsche Benennungen gekommen, denn unmittelbare Rechte aus dem Gesetze giebt es gar nicht. Das Gesetz legt nur Willens-Erklärungen, Verträgen, Handlungen, und Verhältnissen Rechte bei, und was das A. L. R. Rechte aus dem Gesetze nennt, sind nur Rechte aus Verhältnissen. Diese werden allerdings nach den neueren Gesetzen vom Zeitpunkte

ihrer Publikation beurtheilt, und deshalb bestimmt der §. 14. P. P. vom 9. Nov. 1816.

„Die vor dem 1. Januar 1815. gebornen unehelichen Kinder erhalten mit diesem Tage die im A. L. R. ihnen beigelegten Rechte, insofern ihnen solche durch die bisherigen Gesetze entzogen waren. Dagegen finden in Ermangelung eines gültigen Anerkenntnisses der Vaterschaft, weder Entschädigungs-Ansprüche von Seiten der Geschwächten, noch Alimentenforderungen für die Zeit bis zum 1. Jan. 1815. von Seiten des unehelichen Kindes Statt."

Denn die Rechte des unehelichen Kindes sind Rechte aus einem Verwandschafts-Verhältnisse, und müssen daher, wie andere Rechte aus Verhältnissen, nach dem neuen Gesetze, vom Zeitpunkte seiner Gültigkeit, beurtheilt werden. Die Rechte der Geschwängerten dagegen sind Rechte aus einer Handlung, und müssen, nach den oben angegebenen Regeln, nach dem Gesetze beurtheilt werden, welches zur Zeit der Handlung galt.

Dieselben Grundsätze treten auch dann ein, wenn Personen, die in Ländern, wo das Französische Recht gilt, unehelichen Beischlaf ausgeübt haben, später hiesige Unterthanen werden.

(Simon und v. Strampff Rechtsspr. Bd. 2. S. 373.)

Von den Rechten aus Verhältnissen, muß man aber das Recht eines Verhältnisses selbst unterscheiden, oder mit andern Worten, es muß der status selbst anders beurtheilt werden, als die darin liegenden Befugnisse und Pflichten. Nur die letzteren werden nach dem neuen Gesetze beurtheilt, der erstere hingegen muß nach den Gesetzen beurtheilt werden, welche zur Zeit seiner Entstehung gegolten haben. Deshalb bestimmt der §. 13. P. P. 1794., daß die gesetzliche Erbfolge nach dem neuen Rechte beurtheilt werden soll, und in demselben Sinne verordnet der §. 13. P. P. 1816. bei Einführung des A. L. R. an die Stelle des Französischen Rechtes:

„Der dem Vater von dem Vermögen seiner Kinder

nach dem A. L. R. zustehende Nießbrauch, tritt mit dem 1. Jan. 1815. wieder ein, wohingegen mit diesem Tage der Nießbrauch der Mütter von dem Vermögen der Kinder in Ermangelung rechtsgültig darüber geschlossenen Verträge, aufhört, in sofern das A. L. R. diesen Nießbrauch der Mutter nicht beilegt."

Denn in den beiden Fällen handelt es sich um Familienrechte, d. h. um Rechte aus Verhältnissen, und es muß daher das neue Recht zur Anwendung kommen.

Anders aber wird zu entscheiden sein, wenn es um einen **status familiae** sich handelte. Dieser müßte unbedingt nach den Gesetzen beurtheilt werden, welche zur Zeit seiner Entstehung galten. Deshalb wird auch die eingetretene Volljährigkeit, wie oben nachgewiesen worden ist, nach dem älteren Rechte beurtheilt, denn sie begründet einen **status**, einen Inbegriff von Befugnissen und Pflichten.

Aus gleichem Grunde verordnet das Rescript vom 5. Sept. 1809.

„Wenn jedoch Jemand, der vor der Publikation der Städteordnung wegen Verbrechen bestraft ist, zur Zeit der Publikation der Städteordnung sich im Besitz des Bürgerrechts befindet, so kann demselben zwar nicht das Bürgerrecht, wohl aber die höheren, durch die Städteordnung beigelegten Befugnisse, insofern die Stadtverordneten darauf antragen, entzogen werden."

Denn das Bürgerrecht ist ebenfalls ein **status**, und dieser kann durch neuere Gesetze nicht genommen werden.

Fassen wir nun dies Alles zusammen, so wird die Kollision der Gesetze hinsichts der Zeit nach folgenden Regeln zu beurtheilen sein:

1) Völlig abgemachte Verhältnisse werden stets nach altem Rechte, ungültige und widerrufliche dagegen nach der Zeit ihrer Geltendmachung beurtheilt.
2) Die Folgen anbelangend, so werden mittelbare Folgen stets nach dem neuerem Rechte beurtheilt, die unmittelbaren dagegen, so weit sie aus Verträgen und

Handlungen entspringen nach altem Rechte, bei Prohibitiv-Gesetzen jedoch und bei Rechten, die unmittelbar ex lege entspringen, werden auf die unmittelbare Folgen, so weit sie unter dem neuen Rechte fortdauern nach diesem beurtheilt.

XII. Gehört das gesetzliche Vorkaufs-Recht zu den dinglichen Rechten?

Nach Gemeinem Rechte gehören bekanntlich die gesetzlichen Vorkaufs-Rechte zu den dinglichen Rechten, und dieser Dinglichkeit wegen nennt man sie auch Retrakts-Rechte.

Das A. L. R. bestimmt nun hinsichts ihrer §. 573. I. 20.

„Ein aus dem Gesetze unmittelbar entspringendes Vorkaufsrecht hingegen verpflichtet jeden Besitzer, auch ohne Eintragung.“

Auf Grund dieser Bestimmung glaubt man nun in der Regel auch nach A. L. R. die Vorkaufs-Rechte zu den dinglichen zu zählen. Wäre diese Annahme gegründet, so würden die Vorkaufs-Rechte eine seltene Anomalie unter den dinglichen Rechten sowohl, als unter den gesetzlichen bilden. Während nach §. 135. 136. I. 2. ein Recht zur Sache nur dinglich werden kann, wenn der Besitz damit verbunden wird, würden wir in den Vorkaufs-Rechten eine Dinglichkeit ohne Besitz finden. Eben so sehr würden sie aber mit anderen gesetzlichen Rechten kontrastiren. Diese können in der Regel Dritte nur dann verbinden, wenn dieselben vermöge der Kenntniß der Gesetze das Recht kennen mußten, §. 6. I. 21. das Vorkaufs-Recht aber würde immer verbinden, wenn auch der Dritte gar keine Ahnung von dem Rechte gehabt hätte. Nicht aber blos theoretisch würden die Vorkaufs-Rechte eine solch seltene Stellung einnehmen, auch praktisch würden sie die seltsamsten Resultate herbeiführen. Man denke sich den Fall A, besäße gemeinschaftlich

ein Waaren=Lager mit B. und verkaufte seine Hälfte ohne dem B. Anzeige hievon zu machen, noch den Käufer von dem Miteigenthume des B. in Kenntniß zu setzen. Wäre nun das Vorkaufs=Recht ein dingliches, so würde B. innerhalb 30 Jahre den Vertrag anfechten und die Waaren von dem Käufer trotz dessen bona fides vindiziren können. Und wer könnte wohl ein solches Verfahren billigen. Es kann daher auch das A. L. R. nur in so fern dem gesetzlichen Vorkaufs=Berechtigten eine dingliche Klage gegeben haben, als der Dritte vermöge der Kenntniß der Gesetze, das Vorkaufs=Recht wissen mußte. Denn da Niemand mit Gesetzes=Unkunde sich entschuldigen kann, so muß alsdann der Dritte stets, als unredlicher Besitzer angesehen werden, und gegen einen Unredlichen wird nach dem Allg. Landrechte auch aus einem persönlichen Rechte eine Vindikation ertheilt. Dagegen steht dem Vorkaufs=Berechtigten keine Vindikation zu, wenn der Dritte aus den bloßen Gesetzen das Vorkaufs=Recht nicht wissen konnte.

Deshalb bestimmen auch die §§. 573. 574. I. 20.

„Ein aus dem Gesetze unmittelbar entspringendes Vorkaufs=Recht hingegen verpflichtet jeden Besitzer auch ohne Eintragung. Beruht jedoch der Grund, warum eine unbewegliche Sache diesem Rechte unterworfen ist, darauf, weil derselben die Lehns=, die Erbzins= oder eine andere Eigenschaft beiwohnt; so muß wenigstens die Eigenschaft in dem Hypothekenbuche vermerkt sein."

Denn nur alsdann erst ist der Dritte in Stand gesetzt, vermöge der Gesetze das Vorkaufs=Recht zu kennen, und kann dem Vorwurfe der mala fides sich nicht entziehen. Wäre nun aber das Vorkaufs=Recht dinglich, so käme es ja gar nicht auf die mala fides des Dritten an. Man könnte vielleicht einwenden, daß im §. 574. die Vindikation deshalb ausgeschlossen wird, weil der Dritte dem Glauben des Hypothekenbuchs gefolgt ist; allein nach §. 665. I. 18. ist der Lehnsherr sein dominium directum, wenn es auch

nicht eingetragen ist, innerhalb der Verjährungszeit, gegen jeden Dritten zu verfolgen berechtigt, und es muß daher der Grund des §. 574. nur darin gesucht werden, daß das Vorkaufs-Recht nur gegen den unredlichen Besitzer zur Vindikation berechtigt. Hieraus läßt sich auch nur erklären, warum der Vorkaufs-Berechtigte, wenn das Grundstück widerholentlich veräußert worden, nach §. 635. I. 20., dem letzten Besitzer nicht das von ihm gezahlte Pretium, sondern nur das geringere seiner Vormänner zu erstatten braucht.

Denn da das Vorkaufs-Recht nur gegen den dritten unredlichen Besitzer verfolgt werden kann, so kann von einer Erstattung des Pretii nicht die Rede sein, und der Vorkaufs-Berechtigte kann nur angehalten werden, das zu zahlen, was er auch alsdann hätte leisten müssen, wenn sein Recht nicht verletzt worden wäre.

Der Vorkaufs-Berechtigte kann unmöglich ein größeres Recht, als der vindizirende Eigenthümer haben, und wenn dieser nach der allegirten Gesetzes-Stelle dem Besitzer das volle pretium zahlen muß, so würde diese Verpflichtung den Vorkaufs-Berechtigten gegen den redlichen Besitzer noch weit mehr obliegen.

In der That ist auch in der ganzen Lehre des Vorkaufs-Rechtes vom redlichen Besitzer nirgends die Rede. Die §§. 631—643. I. 20., welche von der Wirkung der Retrakts-Klage handeln, unterscheiden nur zwischen Besitzern, welche das Vorkaufs-Recht und den Vorkaufs-Berechtigten kannten, und solchen, welche blos vom Verkaufs-Rechte Kenntniß hatten, ohne derer Erwähnung zu thun, die überhaupt um das Vorkaufs-Recht nicht wußten. Wie würde auch, wenn das Vorkaufs-Recht auch gegen den redlichen Besitzer ausgeübt werden könnte sich der §. 642. I. 20. erklären lassen. Dieser §. verordnet:

„Von dem Zeitpunkte an, wo der Rückforderer seine Erklärung, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, dem Besitzer gerichtlich hat bekannt machen lassen, hat auch ein solcher Besitzer (§. 610.)

(d. h. der nur das Vorkaufs-Recht und nicht den Vorkaufs-Berechtigten kannte) in Ansehung der Substanz, alle Obliegenheiten eines unredlichen Besitzers."

Wozu hier diese Bestimmung für denjenigen, der das Vorkaufs-Recht kannte, da die gerichtliche Bekanntmachung selbst den, welcher das Vorkaufs-Recht nicht kannte zum unredlichen Besitzer macht.

Aus allen diesem folgt unleugbar, daß gegen den, welcher das Vorkaufs-Recht nicht kennen konnte, eine Verfolgung desselben nicht statt findet, und so stellt sich mithin die reine Persönlichkeit des Rechtes unzweifelhaft heraus. Bornemann *) glaubt unsere Ansicht nur für Immobilien richtig zu finden. Wir glauben jedoch nach dem Gesagten auch bei Mobilien keine Ausnahme machen zu können. Noch weniger aber können wir ihm zugeben, daß die Redaktoren die gesetzlichen Vorkaufs-Rechte, als dingliche bezeichnen. Ueberall werden vielmehr ausdrücklich die gesetzlichen den dinglichen, worunter nur die eingetragenen verstanden werden, entgegengesetzt. So heißt es §. 586.

> In vorstehenden Fällen ruht die Befugniß der Vorkaufs-Berechtigten, in so fern ihm selbige unmittelbar aus dem Gesetze, oder als ein dingliches Recht zukommt. u. s. w.

Ebenso heißt es §. 631.

> „Wer ein gesetzliches oder dingliches Vorkaufs-Recht hat."

Demnach kann wohl von den Redaktoren nicht gesagt werden, daß sie die gesetzlichen Vorkaufs-Rechte, als dingliche bezeichnet haben.

Jeden Falls dürfte es de lege ferenda sehr erwünscht sein, die Vorkaufs-Rechte, als persönliche zu bezeichnen, da ihre Dinglichkeit die ganze landrechtliche Lehre der dinglichen Rechte zerstört.

---

*) Bornemanns System. Bd. 4. S. 410. Note 2.

XIII. Steht dem Nutzungsberechtigten eine dingliche Klage zu?

Schon Grävell hat die Ansicht geltend gemacht, daß die Dinglichkeit der Nutzungs-Rechte mit dem Verluste des Besitzes aufhöre, so daß der Nutzungsberechtigte durch keine Klage den verlorenen Besitz wieder erlangen könnte. Während also sonst mit dem Verluste des Besitzes die Dinglichkeit erst in Wirksamkeit tritt, und eine Klage gegen jeden dritten Besitzer erzeugt, würde die Dinglichkeit der Nutzungs-Rechte schon da untergehen, wo sie anfangen soll. Dieses wäre freilich eine neue Art dinglicher Rechte, welche zu vielen Verirrungen führen könnte, und der schöne Traum von der Einfachheit und Trefflichkeit der landrechtlichen Lehre der dinglichen Rechte wäre hiemit zerstört. Dessen ungeachtet hat diese Ansicht gewichtige Vertheidiger in Schepers und Rinteln *) gefunden. Wir glaubten uns schon früher gegen diese Ansicht erklären zu müssen, und ist auch Thöne**) uns hierin beigetreten. Dagegen haben Bornemann ***) und Hr. P. R. uns neuerdings vielfach zu widerlegen versucht, und die von uns bekämpfte Ansicht zu vertheidigen sich bemüht. Wir fanden uns daher veranlaßt, die unserer Seits schon für geschlossen gehaltenen Akten, noch einmal durchzugehen, und die einzelnen Streit-Punkte von Neuem sorgfältigst zu prüfen. Bei aller Achtung aber für die Schärfe und Gründlichkeit der Erörterung, konnten wir dennoch von der Richtigkeit der vorgebrachten Gründe uns nicht überzeugen, und sehen uns veranlaßt unsere frühere Ansicht ferner beizubehalten.

Man hat behauptet das Wesen der dinglichen Rechte

---

*) In den Jahrb. Bd. 25. S. 203. u. Bd. 30. S. 105.
**) Thönes System Bd. I. S. 202.
***) Bornemanns System Bd. 4. S. 257. u. f. J. Z. de 36.

bestände im A. L. R. in der Erkennbarkeit, welche durch Besitz oder Eintragung entstände. Es müßte demnach folgerecht auch die Dinglichkeit nur so lange bestehen, als die Erkennbarkeit existirt, und mit dem Verluste des Besitzes eben so gut das Recht aufhören ein dingliches zu sein, wie die durch Eintragung erzeugte Dinglichkeit mit der Löschung ihre Endschaft erreicht. Wäre diese Argumentation richtig; so würde man ebenso konsequent behaupten können, daß die Dinglichkeit des Eigenthums von der Erkennbarkeit abhänge, und daß der Eigenthümer, die seinem Besitze entzogene bewegliche Sache, in Ermangelung der Erkennbarkeit nicht vindiziren dürfte. Die ganze Voraussetzung der Erkennbarkeit ist indeß nach meinem Dafürhalten eine ungegründete. Die Erkennbarkeit ist nach A. L. R. nur dann erforderlich, wenn der Besitzer für einen unredlichen gehalten, und zur unentgeltlichen Herausgabe der Sache verurtheilt werden soll, sobald aber dem Besitzer das **pretium** erstattet wird, kommt es auf Erkennbarkeit weiter gar nicht an. Wenn das A. L. R. den Besitz zum Kriterium der dinglichen Rechte macht, so hat dieß einen anderen Grund.

Schon im R. R., wo man an Erkennbarkeit gewiß nicht dachte, war in Folge der Lehre vom **titulus** und **modus adquirendi** bei Erwerbung des Eigenthums bestimmt, daß der Besitz der **modus adquirendi** des Eigenthumes sein soll, und daß erst nach erfolgter Einräumung des Besitzes das Eigenthums-Recht seinen dinglichen Charakter erlangen sollte.

Diesen im R. R. blos fürs Eigenthum ausgesprochenen Grundsatz hat nun das A. L. R. auf alle dingliche Rechte ausgedehnt, und so ist der Besitz als der **modus adquirendi** aller dinglichen Rechte erklärt worden, während die Verträge zu den dinglichen Rechten, wie die Eigenthums-Verträge, nur als bloße Rechts-Titel erachtet werden. An eine durch den Besitz zu erzeugende Erkennbarkeit haben aber die Redaktoren wohl schwerlich gedacht. Von dieser Seite her dürfte nun wohl den Nutzungs-Rechten ihre

Dinglichkeit nicht zu nehmen sein. Aber man hat weit gewichtigere Gründe vorgebracht, die zugleich von großer praktischer Bedeutung sind. Man hat behauptet, daß der exmittirte Pächter und Miether, wenn er auch in den folgenden Instanzen ein reformirendes Erkenntniß erstreitet, dennoch nicht wieder immittirt wird, sondern blos sein Interesse vergütet erhält. Wäre diese Behauptung gegründet, so würde allerdings unzweifelhaft hieraus folgen, daß Pächter und Miether ihr dingliches Recht nicht mehr geltend machen können; sobald ihnen der Besitz einmal entzogen worden, und sollte er auch mit Unrecht ihnen genommen sein.

Es ist jedoch unseres Erachtens unrichtig, wenn man dem unrechtmäßig exmittirten Pächter und Miether das Recht auf Immission abspricht. Der §. 63. I. 44. A. G. O. bestimmt freilich, daß die Instruktion und die Entscheidung in zweiter Instanz hauptsächlich auf das Interesse gerichtet sein soll. Hierdurch sollte jedoch keinesweges dem Richter die Befugniß, auf Immission zu erkennen, genommen werden. Wie wenig dieses beabsichtigt worden ist, ergiebt sich aus §. 304. des Anh. auf's Klarste. Dieser verordnet:

> „Die Revision findet, wenn das zu berechnende Objekt die revisible Summe ausmacht, auch in Mieths-Sachen Statt. Ist jedoch in einem solchen Falle das erste Erkenntniß bereits vollstreckt, so muß es dabei, wenn gleich ein abänderndes Erkenntniß in zweiter Instanz erfolgt, bis zur rechtskräftigen Entscheidung verbleiben, und nur wie im §. 63. d. T. festgesetzt worden ist, über das zu leistende Interesse zugleich miterkannt werden.

Hiernach wird der §. 63. dahin verstanden, daß die Exmission nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung in Kraft bleiben, demnächst aber allerdings abgeändert werden könne, wobei zugleich aber über das Interesse mit erkannt werden soll. Dieses Interesse ist aber nicht, wie man irrthümlich angenommen, die Vergütigung für den aufgehobenen Ver-

trag, sondern nur Ersatz für den Schaden, welchen der exmittirte aus der Entsetzung für die Zwischen-Zeit bis zur erfolgten Wiedereinsetzung erlitten. Demnach folgt gerade umgekehrt aus dieser Bestimmung, daß Pächter und Miether ihr dingliches Recht selbst bei entzogenem Besitze ausüben können und die Widereinräumung desselben verlangen dürfen. Nicht mehr dürften die für die entgegengesetzte Ansicht angeführten §§. 105. u. 254. I. 20. beweisen. Aus diesen §§. erhellet allerdings, daß die Dinglichkeit des Pfandrechtes verloren geht, sobald der Gläubiger des Besitzes der verpfändeten Sache sich entschlägt, wenn er es auch unter dem Vorbehalte seines Rechtes gethan hätte. Dieses hat jedoch ganz seinen Grund in der singulären Natur des Faustpfandes. Der Besitz ist es eben, welcher dem Gläubiger die gewünschte faktische Sicherheit gewähren, und ihn in Stand setzen soll, die Sache wider Willen des Schuldners zu veräußern. Entschlägt er sich desselben freiwillig, so bekundet er eben hiedurch, daß er auf die faktische Sicherheit der Sache verzichte, und sich mit der Sicherheit der Person begnügen wolle, und es ist nicht natürlicher, als daß unter solchen Umständen die Dinglichkeit des Pfandrechtes verloren geht, und der Vorbehalt nur die Wirkung eines pacti hat, d. h. ein persönlichen Anspruch erzeugt. Dagegen zieht ein unfreiwilliger Verlust des Besitzes die Aufhebung des Pfandrechtes nicht nach sich, und der Gläubiger kann das Pfand von jedem Dritten vindiziren. §. 117. 118. I. 20. Welche Bestimmung sich lediglich daraus erklären läßt, daß hier die Manifestirung des Willens, auf seine Sicherheit zu verzichten, nicht vorhanden ist. Man bleibt daher immer, will man die Dinglichkeit der Nutzungs-Rechte in Abrede stellen nur auf die §§. 2. 5. I. 21. verwiesen, in welchen es heißt:

> „So weit der Berechtigte sich im wirklichen Besitze der zu gebrauchenden oder zu nutzenden Sache befindet, hat seine Befugniß die Eigenschaft eines dinglichen Rechts."

„Nutzungsrechte, die weder mit dem Besitze der Sache verbunden, noch in das Hypothekenbuch eingetragen sind, können in der Regel nur so lange ausgeübt werden, als die belastete Sache sich in den Händen desjenigen, der dem Berechtigten persönlich verpflichtet war, oder seiner Erben befindet."

Ich kann freilich in Diesem nur eine Wiederholung der §§. 135. sqq. I. 2. finden, nach welchem Rechte zur Sache, mit denen der Besitz nicht verbunden ist, als persönliche, sobald aber der Besitz mit ihnen verbunden ist, als dingliche betrachtet werden; allein man hat hierin die Bestimmung gesehen, daß bei Nutzungs- und Gebrauchs-Rechten der Besitz, nicht nur um diese Rechte zu dinglichen zu machen, sondern auch zur Subsistenz und zur Fortbestehung der Dinglichkeit nothwendig sey.

Diesem steht aber entgegen:

1) Die §§. 169. 170. I. 7. in welchen es heißt:

„Der unvollständige Besitzer ist, so lange sein Besitzrecht dauert, keinem Andern, selbst nicht dem vollständigen Besitzer oder dem Eigenthümer zu weichen schuldig."

„In eben dem Maaße ist er auch auf Wiederherstellung seines Besitzes gegen Jeden anzutragen berechtigt."

Da nun der Nutzungsberechtigte ebenfalls ein unvollständiger Besitzer ist; so leidet es nach den Worten dieser §§. keinen Zweifel, daß er auch den verlornen Besitz von jedem Dritten verlangen kann.

Man hat hingegen erinnert, daß der neue Besitzer dasselbe Recht haben müßte, was dem vormaligen Besitzer zugestanden, und daß er mithin diesem nicht zu weichen brauchte. Hiebei ist jedoch ganz übersehen, daß bei einer Collision gleichberechtigter Personen derjenige den Vorzug hat, welcher sein Recht von dem wahren Eigenthümer herleitet, und nur von einem solchen unvollständigen Besitzer kann auch in den §§. 169. 170. die Rede sein, weil nur

von diesem gesagt werden kann, daß er auch dem wahren Eigenthümer nicht zu weichen braucht, da jeder Andere nach §. 171. u. 245. I. 7. allerdings dem wahren Eigenthümer weichen muß. Jedenfalls hat dieser Einwurf mit unserer Frage nichts zu schaffen, sondern fällt der Collision der Rechte anheim. Am Wenigsten kann man sich hierdurch veranlaßt fühlen, in dem §. 170., unter dem Ausdrucke gegen Jeden, nur den unredlichen Besitzer zu verstehen. Wozu, abgesehen von allem Sprachgebrauch, um so weniger Grund vorhanden ist, als im §. 162. I. 7. gegen den unredlichen Besitzer schon dem bloßen Inhaber die actio publiciana ertheilt wird. Eine Vergleichung der §§. 162. u. 169. ergiebt, daß man eine Steigerung der Rechte der verschiedenen Besitzer habe ausdrucken wollen. Sollte aber der unvollständige Besitzer nur gegen den unredlichen Besitzer die actio publiciana haben; so würde er nicht besser, als der Inhaber gestellt sein. Endlich hat man noch die §§. 169. 170. nur vom possessorium verstehen wollen. Wie wenig gegründet aber diese Annahme ist, ergiebt sich schon daraus, daß der §. 161. nach der Meinung Aller von der actio publiciana handelt, und daß die folgenden §§. wohin auch der §. 170. gehört, nur eine spezielle Anwendung dieses §. enthalten. Ueberdieß wird in der Lehre der vindicatio ausdrücklich auf diese §§. Bezug genommen §. 2. I. 15. was wohl nicht geschehen wäre, wenn dieselben vom possessorium handelten.

2) bestimmen die §§. 418. 419. I. 21.

„Sowohl bei der Uebergabe, als während der Pachtzeit, muß der Verpächter dem Pächter die ungehinderte Benutzung der ihm verpachteten Grundstücke und Rechte gewähren.“

„Auch muß er denselben gegen alle darauf gemachte Ansprüche, in so fern dadurch die Nutzungen solcher Grundstücke oder Rechte geschmälert werden, vertreten und schadlos halten.“

Woraus ganz klar hervorgeht, daß der Verpächter auch diejenigen Nutzungsrechte vertreten müsse, welche irgend einem Nutzungsberechtigten zustehen, der nicht im Besitze des Gutes ist, welches gar nicht der Fall sein könnte, wenn ein Nutzungsberechtigter sein Recht gegen Dritte nicht geltend machen könnte, sobald er nicht im Besitze des Gutes ist.

3) heißt es §. 173. I. 7.:

„Doch kann Niemand, der einem Andern ein unvollständiges Besitzrecht eingeräumt hat, zum Nachtheile desselben sein eigenes Recht einem Dritten übertragen."

Soll nun aber diesem §. genügt werden, so wird der Dritte b. f. p. jedes Nutzungsrecht anerkennen müssen, welches der vormalige Eigenthümer bestellt hat, wenn auch der Berechtigte zur Zeit nicht mehr im Besitze desselben sich befindet; da nach §. 173. zum Nachtheile eines solchen Berechtigten einem Dritten vom Eigenthümer kein Recht eingeräumt werden kann.

Hiegegen hat man nun eingewendet, daß der §. 173. nur von dem Falle handelt, wo der unvollständige Besitzer noch im Besitze sich befindet. Wir wissen nicht, ob man diesen §., bei seiner allgemeinen Fassung, so willkührlich beschränken kann. Jeden Falls dürfte eine solche Beschränkung nach §. 19. I. 19. A. L. R. sich nicht rechtfertigen lassen, welcher dasselbe in bestimmteren Ausdrücken verordnet. Derselbe lautet dahin:

„Der Eigenthümer kann also das dem Einen eingeräumte dingliche Recht einem Zweiten nur in so fern zugestehen, als es ohne Nachtheil des zuerst Berechtigten geschehen kann."

Hier ist also von einem Besitzer gar nicht die Rede; sondern von einem zuerst Berechtigten. Diese Benennung verdient aber auch wohl der frühere unvollständige Besitzer, welcher seinen Besitz verloren hat; da er trotz des verlorenen Besitzes immer noch ein Berechtigter bleibt. Nun soll aber zum Nachtheile eines solchen Berechtigten einem

anderen kein dingliches Recht eingeräumt werden können, folglich wird auch der spätere Besitzer das Recht des früheren unvollständigen Besitzers anerkennen müssen. Verlassen wir aber diese allgemeine Sätze und wenden es zu einem speziellen Fall. **A.** hat dem **B.** sein Haus auf mehrere Jahre vermiethet, **B.** ist hierauf unmittelbar nach dem er das Haus bezogen, auf längere Zeit verreist ohne Jemanden zu hinterlassen. Während der Abwesenheit fand **A.** eine günstige Gelegenheit sein Haus zu verkaufen. Er räumt die Wohnung des **B.** aus, und der Käufer bezieht die Wohnung ohne von der Miethe des **B.** Kenntniß zu haben. Bald darauf kehrt **B.** zurück und verlangt die Räumung seiner Wohnung. Wollte der Richter den Nutzungs-Rechten die Dinglichkeit absprechen, so wird er den **B.** abweisen. Ich glaube jedoch, daß ein solches abweisendes Erkenntniß auf Grund des §. 358. I. 21. A. L. R. als nichtig würde angefochten werden können, da dieser §. dahin lautet:

„Durch einen freiwilligen Verkauf wird in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert.“

Möglich, daß ein geschickter Sachwalter **in deductione** ausführen würde, daß durch den Verlust des Besitzes der Miether sein dingliches Recht verloren habe. Der Richter wird aber gewiß ihm erwiedern, das Gesetz macht diese Ausnahme nicht, und kennt überhaupt keine andere, als die des nothwendigen Verkaufes.

4) müßte demnach der Verlust des Besitzes eine neue Aufhebungsart der Nutzungsrechte begründen, und die Redaktoren würden alsdann gewiß nicht ermangelt haben, bei der Lehre von der Pacht, wo alle die Aufhebungsarten des Pacht- und Nutzungsrechtes angeführt sind, auch des Verlustes des Besitzes, als einer solchen Aufhebungsart, zu erwähnen.

Auch hiegegen hat man Einiges zu erinnern gesucht, was aber schon in der obigen Ausführung seine Widerlegung findet.

5) bestimmt der §. 7. I. 21.:

„Die aus der Verjährung entstehenden Nutzungs-Rechte können nur mittelst der Verjährung durch Besitz erworben werden, und haben alsdann allemal die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes."

Was aber von den durch Verjährung erzeugten Nutzungs-Rechten verordnet ist, muß nicht minder von den vertragsmäßig konstituirten gelten. Wenn aber Nutzungs-Rechte erst die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes haben; so müssen sie auch bei entzogenem Besitze gegen jeden dritten geltend gemacht werden können. Denn der §. 7. I. 19. verordnet ausdrücklich:

„Die aus dinglichen Rechten auf fremde Sachen entstehenden Verpflichtungen muß in der Regel jeder Besitzer derselben anerkennen."

6) verordnet der §. 225. I. 12.:

„Der Erbpächter kann das aus dem Vertrage ihm zukommende Nutzungs-Recht, ohne Zuziehung des Eigenthümers, gegen einen jeden gerichtlich verfolgen."

Wollte man aber den Nutzungs-Rechten ihren dinglichen Karakter entziehen, so könnte man dem Erbpächter höchstens gegen den dritteu unredlichen Besitzer, nicht aber gegen jeden ein Klage-Recht geben.

7) verordnet der §. 184. I. 21.:

„Uebrigens findet wegen Aufhebung und Verlust des Nießbrauches durch Verjährung u. s. w. eben das statt, was in Ansehung anderer Rechte überhaupt vorgeschrieben ist."

Da nun andere dingliche Rechte, trotz des verlorenen Besitzes, erst durch eine 30 jährige Verjährung verloren gehen, so würde dieser §. eine offenbare Unrichtigkeit enthalten, wenn beim Verluste des Besitzes der Nießbrauch von selbst erlösche, und eine Verjährung gar nicht nothwendig wäre.

Aus diesem Allen muß man nach meinem Dafürhalten

dem Nutzungs-Berechtigten unbedingt eine **actio in rem** zusprechen.

Hätten die Gesetze die Dinglichkeit der Nutzungs-Rechte, wie man angiebt, von der äußeren Erkennbarkeit abhängig machen wollen; so würden sie gewiß nicht ermangelt haben die Eintragung derselben, wie die der Servituten vorzuschreiben. Die Gesetze schreiben aber diese Eintragung nur für den einzigen Fall vor, wenn der Nutzungs-Berechtigte die eingetragenen Gläubiger verhindern will, ihre Zinsen aus den Nutzungen zu erheben §. 73. I. 21. Allerdings wird nach unserer Meinung der Käufer möglicher Weise bisweilen Rechte anerkennen müssen, die er weder aus dem Hypothekenbuche noch aus dem Besitze des Berechtigten erkennen konnte; allein die Möglichkeit eines Betruges ist auch beim strengsten Hypotheken-Wesen nicht ausgeschlossen, dafür ist ja die Gewährsleistung da. Daher ist es eine ebenso konsequente als zweckmäßige Bestimmung, nach welcher der §. 58. des Anh. die Eintragung der Servituten wieder aufgehoben.

XIV. Collision der Gesetze hinsichts des Ortes.

Wenn Rechte und Pflichten an andern Orten entstehen, und an andern Orten realisirt werden sollen; oder wenn Personen an Orten, deren Gerichtsbarkeit sie nicht unterworfen sind, Rechte und Pflichten überkommen; so ist es häufig zweifelhaft, welche Gesetze des Ortes zur Anwendung kommen müssen. Schon im gemeinen Recht herrschen sehr verschiedene Ansichten darüber, und das A. L. R. läßt es eben an genauen Bestimmungen fehlen. Hr. K. G. R. Bornemann hat es versucht (Rechtsgeschäfte S. 189.), die Prinzipien des A. L. R. in dieser Materie aufzufinden, so geistreich aber auch seine Ausführung ist, können wir ihr dennoch nicht beipflichten.

Denn, wenn B. behauptet S. 192., daß unerlaubte

Handlungen stets nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt werden müssen, wo sie begangen worden sind, und daß nur dann eine Ausnahme statt findet, wenn Jemand, um die inländischen Gesetze zu umgehen, im Auslande eine unerlaubte Handlung vollziehet, wo nach §. 678. II. 20. die hiesigen Gesetze eintreten; so müssen wir dieser Unterscheidung widersprechen. Vielmehr glauben wir behaupten zu können, daß nach A. L. R. alle auswärts von In- oder Ausländern begangenen Verbrechen, wenn sie hier zur Sprache kommen, nach hiesigen Gesetzen beurtheilt werden, sobald die hiesigen Gesetze milder sind. Dieß ist ganz speziell verordnet §. 15. 681. 685. II. 20. A. L. R. und §. 98. K. O. und unter dieser Beschränkung treten die inländischen Gesetze auch nur dann ein, wenn zur Umgehung hiesiger Gesetze eine unerlaubte Handlung im Auslande vorgenommen worden ist; also nicht zum Nachtheile des Verbrechers, sondern vielmehr in favorem delinquentis. Dieß ist ganz klar §. 679. 680. II. 20. A. L. R. bestimmt; denn es heißt daselbst:

„Hat eine in den königlichen Landen sich aufhaltende Person einem Ausländer eine Ausforderung zum Zweikampfe zugeschickt, oder eine dergleichen Ausforderung von ihm innerhalb Landes angenommen; so wird er wegen der Ausforderung, oder deren Annahme nach den Landesgesetzen bestraft.

„Hat der Inländer, zufolge einer solchen Bestellung (§. 679.) mit einen fremden auswärts wohnenden Unterthanen den Zweikampf außerhalb Landes vollzogen: so findet zwar die Strafe der Duelle, jedoch nur unter der Einschränkung des §. 15. statt.“

In dem §. 15. aber heißt es:

„Doch kommt es allen denen, welche wegen auswärts begangener Verbrechen innerhalb Landes bestraft werden sollen, zu statten, wenn die hiesigen Gesetze eine gelindere Strafe auf das auswärts begangene Verbrechen bestimmt haben.“

Hieraus erhellet also ganz klar, daß die hiesigen Gesetze nicht zur Anwendung kommen, wenn die auswärtigen Gesetze milder sind, selbst wenn ein Inländer um der Strenge der inländischen Gesetzen zu entgehen, ein hier angenommenes Duell auswärts vollzieht, da nach §. 680. die hiesige Strafe der Duelle nur unter der Einschränkung des §. 15. statt finden soll. Denn wollte man mit B. die inländischen Gesetze eintreten lassen; so bleibt die Beziehung des §. 680. auf den 15. ganz unerklärbar, und es hätte vielmehr unbedingt heißen müssen es finden die Strafen des Inlandes statt. —

Freilich heißt es in dem von B. allegirten §. 678.:

„Wenn Inländer sich zu einem außer Landes zu haltenden Zweikampfes bestellen: so wird derselbe, ob er schon auswärts vorgefallen ist, dennoch gleich einem innerhalb Landes vollzogenen Duelle geahndet.“

Allein, da der §. 678. von dem §. 680. nur darin abweicht, daß in diesem von Inländern gegen Ausländer, in jenem aber von Inländern gegen Inländern gehandelt wird; so kann die ratio legis des §. 678. nicht wie B. will, darin gesucht werden, weil in fraudem legis die Handlung im Auslande vollzogen worden ist, denn dieß ist im §. 680. eben der Fall; sondern lediglich darin, weil das Verbrecheu von Inländern gegen Inländer begangen worden ist, wo stets die inländischen Gesetze zur Anwendung kommen müssen. Die Richtigkeit dieses Prinzips läßt sich mehrfach nachweisen:

1) Bestimmt schon das G. R., daß unerlaubte Handlungen von Inländern gegen Inländer oder gegen den Staat begangen, nach inländischen Gesetzen bestraft werden müssen, wenn sie auch im Auslande begangen worden sind. (Feuerbach §. 31. Nota c.)

2) verordnet der §. 136. II. 20.:

„Wer Beleidigungen fremder Unterthanen auch außerhalb Landes begeht, welche die hiesigen Un-

terthanen der Gefahr, daß von dem fremden Staaten Repressalien wider sie gebraucht werden möchten, aussetzen, soll eben so, als wenn er das Verbrechen innerhalb Landes begangen hätte, gestraft werden,"

und wir ersehen hieraus, daß selbst unerlaubte Handlungen, die nur mittelbar von Inländer gegen Inländer begangen werden, nach hiesigen Gesetzen bestraft werden, wenn sie auch auswärts begangen sind.

3) werden selbst in Civil-Sachen Inländer gegen Inländer nach inländischen Gesetzen beurtheilt, wenn auch die Handlung im Auslande vorgenommen worden ist, denn es heißt §. 938. II. 8. A. L. R.

„Hat aber ein Landeseinwohner mit einem andern Landeseinwohner, welcher nicht wechselfähig ist, außerhalb Landes ein Wechselgeschäft geschlossen; so ist selbiges nur eben so zu beurtheilen, als wenn es innerhalb Landes geschlossen wäre."

Noch weniger will es uns einleuchten, wie B. durch den §. 170. II. 1. A. L. R. beweisen will, daß unerlaubte Handlungen, welche von einem Unterthane zur Umgehung der Gesetze im Auslande vorgenommen worden sind, nach inländischen Gesetzen bestraft werden müssen.

Allerdings heißt es daselbst:

„Wer aber, um die Gesetze des Landes unwirksam zu machen in fremden Landen sich trauen läßt, hat außer den übrigen rechtlichen Folgen der Nichtigkeit oder Ungültigkeit einer solchen gesetzwidrigen Ehe, auch noch eine fiskalische Strafe von Zehn bis Dreizehnhundert Thalern verwirkt."

Allein die Strafe der Nichtigkeit der Ehe wird hier nicht wegen der Umgehung der Gesetze verhängt; sondern weil eine nichtige Ehe von Unterthanen im Inlande nicht fortgesetzt werden darf, selbst wenn sie im Auslande gesetzmäßig, und nicht in **fraudem legis** der diesseitigen Gesetze geschlossen worden wäre. Angenommen, daß ein Aus-

länder, der in seinem Vaterlande in Bigamie leben durfte, sich in hiesigen Landen niederlasse, so würde es ihm doch nie gestattet werden, die Bigamie, welche er in seinem Vaterlande geschlossen hat, hier fortzusetzen, und doch kann von einer fraus legis hier nicht die Rede sein.

Die poena der Umgehung der Gesetze im vorliegenden §. ist vielmehr nur die fiskalische Geldstrafe, und nicht wie B. annimmt, die Beurtheilung der Ehe nach hiesigen Gesetzen *).

Noch weit gezwungener scheint uns die Behauptung**), daß das unbewegliche Vermögen stets nach den Gesetzen des fori rei sitae beurtheilt werden müsse, selbst wenn es sich um eine universitas juris handelt; so daß das Successionsrecht, so weit es das unbewegliche Vermögen betrifft, nach den Gesetzen des fori rei sitae sich richte, während in die anderen Vermögens-Theile nach den Gesetzen des fori hereditarii succedirt wird.

Schon der §. 495. und Anh. 78. II. 1. beweist hinreichend das Gegentheil. Denn es heißt daselbst:

„Haben die Eheleute die Erbfolge weder durch Verträge noch durch letzte Willensverordnungen bestimmt; so wird nach den Statuten oder Provinzialgesetzen des letzten persönlichen Gerichtsstandes des Verstorbenen verfahren.“

„Von dieser Bestimmung macht auch das unbewegliche Vermögen der Eheleute keine Ausnahme; ob dieses sich gleich unter einer andern Gerichtsbarkeit befindet.“

---

*) Die bisher gerügte Stelle der Rechts-Geschäfte hat der Verf. in seinem Systeme weggelassen, und sogar in Beziehung auf Inländer gegen Inländer den hier ausgeführten Grundsatz ausgesprochen Bd. I. S. 212. Es scheint daher, als hätte der eben so wahrheitsliebende, als höchst gelehrte Verf. seine frühere Ansicht geändert.

**) Bornemann S. 192, Rintlen, v. Kampt Jahrbücher Band 30. S. 90.

Dasselbe wird auch durch den §. 369. II. 1. bestätigt, in welchem verordnet wird;

„Ist nach den Gesetzen des persönlichen Gerichtsstandes der Eheleute, keine Gütergemeinschaft unter ihnen vorhanden, so gilt sie auch nicht in Ansehung auswärtiger Grundstücke, wenn gleich sonst an dem Orte, wo diese Grundstücke liegen, die Gemeinschaft der Güter obwaltet."

Gleichlautend sind die §§. 363. 365. 366. II. 1. und es scheint uns kein Grund vorhanden zu sein, diese Bestimmungen lediglich auf eheliche Verhältnisse zu beschränken, wie Bornemann und Rintlen wollen.

Freilich heißt es §. 32. der Einl. des A. L. R.

„In Ansehung des unbeweglichen Vermögens gelten, ohne Rücksicht auf die Person des Eigenthümers, die Gesetze der Gerichtsbarkeit, unter welchen sich dasselbe befindet."

Allein es heißt auch §. 536 und 537. I. 12.:

„Sind Jemanden mehrere Personen, die ihn auch ohne Testament beerben würden, ohne weitere Bestimmung substituirt worden, so ist die Verordnung unter den Substituirten nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zu deuten."

„Diese Erbfolge wird, bei obwaltender Verschiedenheit, nach den Gesetzen desjenigen Gerichtsstandes, welchen ein jeder, dem substituirt worden, für seine Person unterworfen war, beurtheilt,"

welche Bestimmung keinen Zweifel übrig läßt, daß das Successionsrecht stets und in jeder Beziehung nach den Gesetzen des Domicils des Erblassers beurtheilt werden muß.

Und in demselben Sinne heißt es beim Konkurse §. 651. 652. I. 50. A. G. O., daß die Richtigkeit und die Priorität einer Realforderung nicht nach den Gesetzen des **fori rei sitae**; sondern nach den Gesetzen des Domicils des Kridarius beurtheilt werden soll.

Es muß daher der §. 32. Einl. wenn er mit diesen Bestimmungen nicht im offenbaren Widerspruche stehen soll, so verstanden werden, daß nur so weit die Gesetze des fori rei sitae in Anwendung kommen müssen, als dieses Forum der ausschließliche Gerichtsstand des Prozesses ist. So ist auch die Bestimmung an andern Orten des A. L. R. wirklich ausgedrückt, z. B. §. 8. II. 8. wo es heißt:

„Doch sind auch außer diesem Falle, dergleichen bürgerliche Gutsbesitzer in Ansehung solcher Handlungen und Geschäfte, welche auf den Besitz des adlichen Gutes sich unmittelbar beziehen, dem Gerichtsstande, unter welchem das Gut gelegen ist, und den Gesetzen desselben unterworfen,"

und eben so lauten die §§. 65. 68. II. 8. in welchen es heißt:

„Wollen eximirte Personen bürgerliche Grundstücke besitzen, so müssen sie damit zugleich alle darauf haftenden bürgerlicher Lasten übernehmen."

„In allen auch persönlichen Angelegenheiten, die sich auf ihre Eigenschaft als Grundbesitzer beziehen, müssen sie die städtische Gerichtsbarkeit und Gesetze anerkennen."

In beiden Stellen also kommen nur die Gesetze des fori rei sitae, als Annexum des Gerichtsstandes zur Anwendung, und dieß ist auch der Inhalt des §. 32. Einl. Nur in den Fällen, wo der dingliche Gerichtsstand der ausschließlich kompetente ist, will er die Gesetze des Ortes eintreten lassen, nicht aber, wenn es sich um Erbrecht handelt wo der Prozeß gar nicht bei dem forum rei sitae; sondern beim Erbschafts-Forum, am Domicil des Erblassers geführt wird. Eben so wenig, als es die Absicht des Gesetzgebers sein konnte, die Priorität und Justifikation der Realforderungen im Konkurse nach den Gesetzen des fori rei sitae zu beurtheilen *).

---

*) Dieser Ansicht sind auch Thöne Bd. I. S. 102. und Koch J. Z. de 1833. No. 12 – 14. beigetreten.

Nicht minder falsch ist die Behauptung, daß die materielle Gültigkeit und Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen sei, wo es vorgenommen worden.

1) Bestimmt das Gesetz vom 3ten April 1823. §. 5. daß nicht nur die Fähigkeit zu testiren, sondern auch die Rechtsbeständigkeit der Testemente auswärtiger Gesandten nach inländischen Gesetzen beurtheilt werden soll.

2) Verordnen die §§. 162. 666. 671. Anh. 379., daß das Recht auswärtiger Gläubiger im Konkurse ganz nach hiesigen Gesetzen beurtheit werden solle, ohne zu unterscheiden, ob das Geschäft, woraus die Forderung entspringt, im In- oder Auslande geschlossen ward, welcher Unterschied nach B. höchst nöthig ist, indem im letzten Falle die auswärtigen Gesetze zur Anwendung kommen müßten.

3) Soll nach §. 1256. II. 8. aus Handelsbillets und Handelsobligationen an denjenigen Orten, wo ihnen keine Wechselkraft beigelegt ist, nur der exekutiv Prozeß Statt finden, wenn sie auch am Orte der Ausstellung Wechselkraft haben.

4) Wird §. 2411. II. 8. dem Schiffer zur Pflicht gemacht, selbst bei einer im Auslande aufgenommenen Bodmerey, in so weit Dritte dadurch gefährdet werden können, nach hiesigen Gesetzen zu verfahren.

Zwar bestimmt der §. 936. II. 8.:

„Außerhalb Landes vorgenommene Wechselgeschäfte sind nach den Gesetzen des Ortes, wo sie verhandelt worden, zu beurtheilen.“

Allein abgesehen davon, daß Wechselgeschäfte eine Ausnahme machen, indem nach §. 938. der Inländer in Beziehung auf Ausländer, auch hinsichts der Wechselfähigkeit, nach auswärtigen Gesetzen beurtheilt wird, obschon nach §. 23. Einl. des A. L. R. die Handlungsfähigkeit jeden Falls nach inländischen Gesetzen beurtheilt werden müßte; so bestimmt

auch schon der Anh. §. 117. des erwähnten §. 936. ganz das Entgegengesetzte, indem nach diesem die Verjährung der Wechselklage nicht nach den auswärtigen Gesetzen, sondern nach den hiesigen Gesetzen beurtheilt werden soll (vergl. Simons u. v. Strumpfs R. S. Bd. 1. S. 321.). Nur die äußere Form wird stets nach den Gesetzen des Ortes, wo die Handlung vorgenommen worden ist, beurtheilt, und selbst dieses kann nur mit Gewißheit von Verträgen, die nicht unbewegliches Vermögen zum Gegenstande haben, behauptet werden.

§. 111. 112. I. 5. A. L. R.
§. 115. Tit. 10. A. G. O.
§. 937. 2064. 2387. 2408.
§. 2409. II. 8.

Bei Testamenten dagegen muß man vielmehr annehmen, daß auch die äußere Form nach den Gesetzen des Domicils des Erblassers beurtheilt werden muß. Denn in dem §. 1. des Gesetzes vom 3. April 1823. heißt es:

„Die letztwilligen Verordnungen der Königl. Gesandten und aller zur Gesandschaft gehörigen Personen, welche im Staats-Dienste stehen, sollen auch ferner, wie bisher, in ihrer äußern Form alsdann gültig sein, wenn sie die Gesetze des Orts, wo sie errichtet werden, erfüllen,"

und man kann daher ex argumento e contrario schließen, daß die Testamente anderer Personen auch hinsichts der äußeren Form nach den inländischen Gesetzen beurtheilt werden müssen *).

Aber auch bei Verträgen muß man die wahre äußere Form, von der Form, die sich auf persönliche Fähigkeit zu handeln bezieht, z. B. die Verwarnung bei Bürgschaften der Frauenspersonen, unterscheiden. Letztere muß stets nach den Gesetzen des Domicils beurtheilt werden. (Simons u. v. Strumpfs Rechtssprüche Bd. 2. S. 436.). Dieß ist nicht

---

*) Auch dieser Ansicht ist Koch beigetreten. J. Z. l. c.

nur im Sachregister des A. L. R. sub rubr. „Form der Handlung überhaupt“ anerkannt; sondern noch weit mehr §. 28. Tit. 2. Th. 1. A. G. O., indem daselbst verordnet wird:

„Wenn an dem Wohnorte der Frauensperson, welche eine Vollmacht ausstellt, die Zuziehung eines Geschlechts-Vormundes nicht erforderlich ist, so bedarf es deren auch alsdann nicht, wenn gleich die Rechte des Orts, wo der Prozeß vor Gericht verhandelt wird, dergleichen Zuziehung verordneten;“

woraus ganz klar hervorgeht, daß die Form der Vollmacht nach dem Domicil der Ausstellerinn beurtheit wird, wenn auch die Vollmacht an einem anderen Orte ausgestellt sein sollte. Wovon sich aber kein andrer Grund angeben läßt, als daß die hier in Rede stehende Form, wegen Mangels persönlicher Fähigkeit verordnet ist.

Welches ist nun aber der untrügliche Maaßstab, nach welchem dergleichen Collisionen zu schlichten sind?

Nach allgemeinen Begriffen kann es wohl keinem Zweifel unterworfen sein, daß die Gesetze desjenigen fori zur Anwendung kommen müssen, vor welches der Prozeß vorzugsweise gehört. Denn

1) kann vernünftiger Weise bei Entstehung eines Rechtsverhältnisses nur an diejenigen Gesetze gedacht werden, unter welchen das Rechtsverhältniß realisirt werden muß.
2) ist es ganz ungemäß, daß ein Richter nach ausländischen Gesetzen entscheiden soll, zu deren Vollziehung er nicht autorisirt, und für deren richtige Anwendung er durch keine Staatsprüfung qualifizirt ist.
3) kann ein Ausländer nicht größere Rechte, als ein hiesiger Unterthan genießen, was aber der Fall sein würde, wenn er nach seinen Landesgesetzen beurtheilt werden sollte: da diese für ihn leicht günstiger sein könnten, als die inländischen.

Sucht man aber für diese sich selbst erklärende Regel

ein positives Gesetz; so findet man es nur im Oesterreichischen Gesetzbuche ausgesprochen, wo es §. 4. heißt:

„Die Staatsbürger bleiben auch in Handlungen und Geschäften, die sie außer dem Staatsgebiet vornehmen, an diese Gesetze gebunden, in soweit als ihre persönliche Fähigkeit sie zu unternehmen, dadurch beschränkt wird, und als die Handlung zugleich in diesen Ländern Folgen hervorbringen soll."

Indeß leuchtet auch aus den vielen speziellen Bestimmungen des A. L. R. und des gemeinen Rechtes die Regel hervor, daß stets die Gesetze des **fori** zur Anwendung kommen, vor welches der streitige Gegenstand vorzugsweise gehört. Denn

1) wird wie bereits oben nachgewiesen worden ist, die materielle und formelle Gültigkeit der Testamente und das Intestat-Erbrecht nach den Gesetzen des Domicils des Erblassers beurtheilt, wenn auch am **forum rei sitae** der Erbschaft andere Gesetze gelten, was sich nur daraus erklären läßt, daß das **forum domicilii** das **forum hereditarium** ist, wo das Erbrecht regulirt werden muß.

2) werden Rechtsgeschäfte über unbewegliche Sachen, sowohl hinsichts der Materie als der Form, nach den Gesetzen des **forum rei sitae** beurtheilt §. 115. I. 5.

wovon ebenfalls der Grund darin zu suchen ist, daß das **forum rei sitae** das ausschließlich kompetente forum ist §. 107. 199. I. 2. A. G. O.

3) wird die materielle Wirksamkeit eines jeden Rechtsgeschäftes, wie bereits oben nachgewiesen ist, nach den Gesetzen des **fori** beurtheilt, wo es zur Sprache gebracht werden muß.

4) heißt es §. 23. 24. Einl.

„Die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen werden nach den Gesetzen der Gerichtsbarkeit beurtheilt, unter welchen derselbe seinen Wohnsitz hat."

„Eine bloße Entfernung aus seiner Gerichtsbar-

keit, bei welcher die Absicht, einen andern Wohnsitz zu wählen, noch nicht mit Zuverläßigkeit erhellet, verändert die persönlichen Rechte und Pflichten dieses Menschen nicht,"

Hiervon kann aber ebenfalls der Grund kein anderer sein, als daß die Pflichten eines Menschen und mithin auch das persönliche Recht sich verpflichten zu können, nur beim **forum domicilii** zur Sprache kommen können, denn hier muß vorzüglich auf Erfüllung angetragen werden, obschon ausnahmsweise auch bei einem **foro speciali** geklagt werden kann.

Es ist daher auch gar keine Ausnahme, wie man bis jetzt immer angegeben hat, daß verschiedene Kontrahenten hinsichts ihrer persönlichen Fähigkeiten nach den verschiedenen Gesetzen ihres Wohnorts beurtheilt werden; denn jeder muß wegen seiner übernommenen Pflichten beim **foro** seines Wohnortes belangt werden, und es können daher auch nur die dort geltenden Gesetze, sowohl hinsichts der Pflichten als der Befugniß sich zu verpflichten zur Anwendung kommen. Dieses geht nicht nur aus dem oben angeführten §§. 23. 24. hervor; sondern noch weit mehr aus dem §. 40. I. 50. A. G. O. welcher bestimmt:

„Wenn der Gemeinschuldner jemanden auf einen seiner eigenen Schuldner Assignation gegeben hat, und dieselbe vor eröffneten Konkurse nicht wirklich bezahlt worden ist; so verbleibt die angewiesene Post der Masse, wenn auch die Assignation von dem Assignatario bereits acceptirt worden war. Wobei sich jedoch von selbst versteht, daß wenn der acceptirende Assignatarius ein Ausländer ist, seine Verbindlichkeit aus der Acceptation, schlechterdings die Zahlung zu leisten, und also auch sein Recht, diese Zahlung der Konkursmasse entgegen zu setzen, lediglich nach den Gesetzen seines Wohnortes beurtheilt werden müsse."

Auch wird dies anerkannt §. 5. §. 28. I. 1. A. G. O.

und 938. II. 8. A. L. R., in welchen übereinstimmend die Befugniß Verpflichtungen zu übernehmen, nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt wird, wo diese Verpflichtungen eingeklagt werden müssen.

5) Daher wird auch das bewegliche Vermögen nach den Gesetzen des Domicils beurtheilt, §. 23. §. 31. Einl., denn im A. L. R. ist das **forum domicilii** der ausschließlich kompetente Gerichtsstand des beweglichen Vermögens §. 116. I. A. G. O.

Dagegen wird nach der richtigeren Meinung das bewegliche Vermögen im gemeinen Rechte nach dem **forum rei sitae** beurtheilt, weil es hier vorzugsweise eingeklagt werden muß (Wening Bd. I. §. 22. Not. h.)

6) werden Verbrechen, von Ausländern im Inlande begangen, stets nach hiesigen Gesetzen beurtheilt §. 12. 13. 679. 682. 685. II. 20. A. L. R., denn das **forum delicti commissi** ist im Preußischen Rechte der vorzugsweise kompetente Gerichtsstand §. 86. sqq. K. O.

Welche völlige Uebereinstimmung in den verschiedensten Fällen wohl keinen Zweifel übrig läßt, daß es auch nach A. L. R. wie im gemeinen Rechte durchgreifendes Prinzip ist, nur die Gesetze desjenigen **fori** zur Anwendung zu bringen, wo die in Rede stehende Verpflichtung vorzüglich eingeklagt werden muß.

Nur eine Ausnahme findet sich von der aufgestellten Regel in §. 13. I. 2. A. G. O., indem daselbst verordnet wird:

„Das Gesinde ist in der Regel dem ordentlichen Gerichte seiner Herrschaft unterworfen. Doch werden dadurch bei Dienstboten, welche noch unter väterlicher Gewalt, unter Vormundschaft, oder unter einer Gutsherrschaft stehen, die auf ihre Person sich beziehenden Rechte ihres Geburtsortes nicht verändert."

Allein diese höchst singuläre Ausnahme bestärkt eben

unsere Regel, da aus der Fassung dieser Bestimmung ganz klar hervorgeht, daß eigentlich auch die Gesetze des Gerichtsstandes eintreten sollten, wo das Gesinde belangt wird.

Hinsichts der Ausländer könnte man vielleicht noch den Einwand machen, daß in Rücksicht ihrer stets Reciprocität eintreten, und dasselbe Verfahren gelten müsse, welches das Ausland gegen diesseitige Unterthanen beobachtet, allein das A. L. R. läßt nur zum Nachtheile der Ausländer Reciprocität (Retorsion) eintreten, nicht aber zu deren Begünstigung. Der Ausländer soll nur gleiche Rechte mit hiesigen Unterthanen genießen, keinesweges aber bevorzugt werden, wenn auch den hiesigen Unterthanen dergleichen Begünstigungen im Auslande zu Theil werden sollten.

Dieß ist klar in folgenden Bestimmungen ausgesprochen:

1) „Fremde Unterthanen haben also, bei den Betriebe erlaubter Geschäfte in hiesigen Ländern, sich aller Rechte der Einwohner zu erfreuen, so lange sie sich des Schutzes der Gesetze nicht unwürdig machen."

„Die Verschiedenheit der Rechte auswärtiger Staaten macht von dieser Regel noch keine Ausnahme."

„Wenn aber der fremde Staat zum Nachtheil des Fremden überhaupt, oder den hiesigen Unterthanen insbesondere, beschwerende Verordnungen macht, oder dergleichen Mißbräuche wissentlich gegen disseitige Unterthanen duldet, so findet das Wiedervergeltungs-Recht statt." §. 41 — 43. Einleitung.

2) verordnet der §. 162. I. 50. A. G. O.

„Bei Konkursen sollen die Gerichte, besonders in Ansehung der Priorität ausländischer Forderungen, auf das Retorsionsrecht gehörig Rücksicht nehmen."

„Dergleichen Retorsion aber soll nur alsdann Statt finden, wenn in fremden Landen, zwischen einheimischen und fremden, insonderheit hiesigen Unterthanen, ein Unterschied zum Nachtheil der Letzteren gemacht, und denselben dasjenige Recht, was einheimischen Forderungen von völlig gleicher Qua-

lität nach dasigen Gesetzen zukommt, bloß um deß- willen, weil sie fremde sind, versagt wird."

3) Wird Anh. §. 151. u. §. 173. II. 17. A. L. R. ausdrücklich bestimmt, daß nur zum Nachtheile, nicht aber zum Vortheile fremder Unterthanen Reciprocität eintreten soll, denn es heißt daselbst:

„Es soll in Zukunft in Abschoßsachen lediglich auf die hiesigen Gesetze, nicht aber auf die von andern Staaten beliebte Behandlung hiesiger Unterthanen geachtet werden.

In so fern fremde Staaten sich den in ihren Landen befindlichen Nachlaß hiesiger daselbst verstorbener Unterthanen anmaßen, soll von Seiten des hiesigen Staats die Erwiederung Statt finden."

Aehnliche Bestimmungen finden sich §. 84. II. 18. A. L. R. §. 2. 1. 28. A. G. O.

Nur wenn zwei fora für dasselbe Rechtsverhältniß kompetent sind, kann es zweifelhaft werden, wessen Gesetze zur Richtschnur genommen werden müssen. Da aber nur diejenigen Gesetze in Betracht kommen können, welche bei Entstehung des Rechts-Verhältnisses berücksichtigt worden sind; so muß man konsequent bei einer Konkurrenz eines fori specialis mit einem foro generali den Gesetzen des letztern den Vorzug geben, und daher die Gesetze des fori domicilii den des fori contractus und ähnlicher speziellen Fori vorziehen, wie dieß sich auch aus den oben angeführten Gesetzen sich vielfach ergiebt.

Sind aber beide konkurrirende fora generalia; so müssen die allgemeineren Gesetze des einen den partikulären des andern vorgehen.

Denn nur das allgemeinere, als das gewöhnlichere, kann als der Zweck des Rechtsverhältnisses vermuthet werden.

Dieß wird auch speziell in den Gesetzen anerkannt. Denn:

1) bestimmt der §. 30. Einl., „daß das bewegliche Ver-

mögen eines Menschen, welcher ein doppelte Gerichtsbarkeit hat, nach den Gesetzen desjenigen Ortes beurtheilt werden soll, welche dem A. L. R. am nächsten kommen."

2) heißt es §. 347 — 350. II. 1.

„Ist Jemand einer doppelten persönlichen Gerichtsbarkeit unterworfen, und in einer derselben findet Gütergemeinschaft statt, in der andern aber nicht: so ist anzunehmen, daß unter diesen Eheleuten keine Gütergemeinschaft entstanden sei."

„Gilt unter der einen Gerichtsbarkeit die Gemeinschaft aller Güter, unter der andern aber nur die Gemeinschaft des Erwerbes; so findet nur die letztere Statt."

„Sind bei einer in beiderlei Gerichtsbarkeit geltenden Gemeinschaft von gleicher Art nur verschiedene Bestimmungen; so gelten diejenigen, welche mit den Vorschriften des citirten Abschnitts am meisten übereinkommen."

Woraus ganz klar hervorgeht, daß bei einer Collision der Gesetze gleich kompetenter Gerichte stets das allgemeinere zur Anwendung kommt. Denn getheiltes Vermögen ist häufiger als Gütergemeinschaft und partikuläre gewöhnlicher als universelle, und die Bestimmungen des A. L. R. allgemeiner als die provinziellen Verordnungen über Gütergemeinschaft.

Nur wenn Umstände eintreten, welche einem **forum generale** vor dem anderen den Vorzug geben, z. B. wenn das bewegliche Vermögen eines Menschen, der einen doppelten Gerichtsstand hat, an einem derselben sich befindet §. 29., geht der letztere vor, wenn auch die Gesetze desselben partikulär sein sollten.

Kann aber ein Rechtsverhältniß nur nach den Partikular-Gesetzen des einen **fori generalis** bestehen; so müssen unbedingt die Partikulär-Gesetze vorgehen:

Dieß ist mehrfach in den Gesetzen anerkannt:

1) §. 27. Einl. A. L. R.

„Hat Jemand einen doppelten Wohnsitz; so wird die Fähigkeit zu handeln, nach den Gesetzen derjenigen von beiden Gerichtsbarkeiten beurtheilt, welche die Gültigkeit des Geschäftes am meisten begünstigen.“ (Gleichlautend ist der §. 26. eod.)

2) §. 113. 114. I. 5. A. L. R.

„Ist aber der Vertrag unter Abwesenden blos durch Briefwechsel, ohne Errichtung eines förmlichen Instruments, geschlossen worden, und waltet in den Wohnörtern der Kontrahenten eine Verschiedenheit der gesetzlichen Formen ob, so ist die Gültigkeit der Form nach den Gesetzen desjenigen Ortes zu beurtheilen, nach welchem das Geschäft am besten bestehen kann.“

Hieraus läßt sich auch die Bestimmung des §. 35. Einl. erklären, nach welcher Fremde, die in hiesigen Landen Verträge über daselbst befindliche Sachen schließen, in Ansehung ihrer Fähigkeit zu handeln, nach den Gesetzen beurtheilt werden, nach welchen die Handlung am besten bestehen kann, obschon nach §. 23. eod. die persönlichen Fähigkeiten stets nach den Gesetzen des Wohnortes beurtheilt werden sollen. Denn der Umstand, daß das Objekt des Vertrages im Inlande sich befindet, macht das hiesige Gericht kompetent in der Sache zu entscheiden; da hinsichts der Ausländer schon das bewegliche Vermögen ein forum rei sitae begründet (§. 116. I. 2. A. G. O. und es müssen daher nach der von uns aufgestellten Regel, wegen der Konkurrenz des fori domicilii mit dem foro rei sitae diejenigen Gesetze zur Anwendung kommen, nach welchen die Handlung am besten bestehen kann, und zwar nicht, wie B. glaubt, nur zum Vortheil des Fremden, sondern unbedingt.

Fassen wir nun das bisher Gesagte zusammen so ge-

winnen wir für die collision der Gesetze folgende einfache Regeln:

1) Im Allgemeinen wird jede Verpflichtung nach den Gesetzen des ordentlichen Gerichts-Standes beurtheilt, welches der Regel nach das **forum domicilii**, und nur, wenn es sich um einzelne unbewegliche Sachen handelt, das **forum rei sitae** sein wird.

2) Konkurriren aber zwei ordentliche Gerichts-Stände z. B. zwei **fora domicilii**, so entscheiden die allgemeinere Gesetze, wenn nicht etwa das Rechts-Verhältniß nur nach den Partikular-Gesetzen bestehen könnte.

Von diesen Regeln machen jedoch Handlungen eine Ausnahme. Diese müssen immer nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt werden, wo sie vorgenommen worden sind, oder vorgenommen werden sollen. Daher wird eine Schwängerung stets nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen sein, wo sie stattgefunden hat. Desgleichen wird ein Remittent, der im Auslande einem Traſſaten mehr als drei Respittage Nachsicht gegeben, seines Regresses nicht verlustig gehen, wenn die Gesetze des Auslandes eine größere Anzahl von Respittagen vorschreiben. Ein ähnliches Beispiel findet sich §. 40. I. 50. A. G. O. Dieses hat seinen einfachen Grund darin, weil jeder hinsichts seiner Handlungen den Gesetzen seines jedesmaligen Aufenthaltes unterworfen ist. Dasselbe muß noch mehr gelten für Handlungen, die erst vorgenommen werden sollen, und werden diese immer nach den Gesetzen des Ortes einzurichten sein, wo deren Erfüllung statt finden soll. Dieses ist auch mehrfach in den Gesetzen ausgesprochen:

1) bestimmen die §§. 256. 257. I. 5. A. L. R.

„Ist ein Kontrakt nach Maaß und Gewicht geschlossen, so wird vermuthet, daß dasjenige gemeint sei, welches an dem Orte, wo die Uebergabe geschehen soll, eingeführt ist."

Ist bei einer Geldsumme die Münzsorte nicht aus-

gedrückt, so wird im zweifelhaften Falle, die an dem Orte, wo die Zahlung geschehen soll, gangbare Münzsorte verstanden."

2) bestimmt der §. 862. II. 8. A. L. R., daß der Verfalltag bei Wechseln nach dem Zahlungs-Orte, und nicht nach den Gesetzen des Ortes der Ausstellung beurtheit werden soll.

3) bestimmt der §. 32. I. 11. A. L. R.

„Ist die verkaufte Sache nach Maaß und Gewicht bestimmt, so wird im zweifelhaften Falle das marktgängige Maaß und Gewicht des Ortes, wo die Ablieferung geschehen soll, verstanden."

Nach diesen Grundsätzen wird auch die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit einer übernommenen Verbindlichkeit zu beurtheilen sein. Ist die übernommene Verpflichtung nach den Gesetzen des Ortes, wo sie erfüllt werden soll, erlaubt so bleibt sie rechtsbeständig, wenn auch am Orte der Uebernahme Prohibitiv-Gesetze entgegenständen. Ist sie dagegen am Orte, wo sie erfüllt werden soll, verboten, so ist sie ungültig, wenn auch am Orte der eingegangenen Verpflichtung nichts im Wege gestanden hätte.

XV. Kann die actio confessoria gegen jeden Dritten angestellt werden?

Obschon der §. 135. I. 2. A. L. R. jedes persönliche Recht zum dinglichen erhebt, sobald der Besitz hinzukommt, und nach §. 137. eod. einem solchen dinglich Berechtigten eine Vindikation gegen jeden Besitzer zugesteht; so behauptet dennoch v. Rönne S. 613. und S. 80. Nota 1., daß die **actio confessoria** nur gegen den zur Anwendung kommen kann, welcher das dingliche Recht kennt oder kennen müßte. Allein abgesehen davon, daß unter diesen Voraussetzungen auch jedes persönliche Recht gegen Dritte geltend gemacht werden kann; so fehlt es auch an allen selbst schein-

baren Belägen für diese hingeworfene Behauptung. Nur der §. 99. I. 51. A. G. O. könnte, jedoch nur in einem höchst mißverstandenen Sinne, zu einer solchen irrigen Meinung Anlaß geben, indem es daselbst heißt, daß ein Käufer keinem unbekanntem Realprätendenten verhaftet ist; aber schon der §. 103. eod. muß uns eines Besseren belehren. Denn, da es daselbst heißt:

„Dieses Aufgebot erstreckt sich auch auf unbekannte Grundgerechtigkeiten oder Servituten, d. h. auf solche die im Hypothekenbuche nicht eingetragen sind, gleichwohl aber den Nutzungsertrag des aufgebotenen Grundstückes schmälern, und durch keine in die Sinne fallende Kennzeichen oder Anstalten angedeutet werden,"

so geht es ja ganz klar hervor, daß unbekannte Servituten nur durch Aufgebot ausgeschlossen werden können, und wenn nach §. 99. unbekannte Realprätendenten ohne Aufgebot ausgeschlossen werden, dieß nur von solchen zu verstehen ist, die das Eigenthum der Substanz sellst etwa in Anspruch nehmen wollten. Jedenfalls aber hat Herr v. Rönne die §§. 183. 185. I. 11. gegenwärtig sein müssen, in welchen es heißt:

„Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben, welche nicht allen Grundstücken derselben Art in der Provinz gemein zu sein pflegen, ist der Verkäufer dem Käufer bei der Kaufshandlung anzuzeigen, oder zu vertreten schuldig."

„Die Unwissenheit des Verkäufers von dergleichen auf dem Grundstücke haftenden Lasten befreiet denselben keinesweges von der Vertretung,"

woraus ganz klar erwiesen ist, daß die actio confessoria auch von unbekannten Servituten-Berechtigten angestellt werden könne; weil sonst von Evictions-Leistung hier nicht die Rede sein könnte, da unbekannte Servituten vom Käufer nicht anerkannt zu werden brauchen, und für bekannte keine Eviction verlangt werden kann.

Endlich ist noch in der Lehre der Servituten selbst dem Berechtigten die Befugniß beigelegt, innerhalb zweier Jahre nach der Veräußerung und Besitzes-Aenderung des Grunstückes die Servitut eintragen zu lassen, ohne daß der Käufer, wenn er auch keine Kenntniß von der Servitut gehabt hätte, dem widersprechen könnte §. 21. I. 22. A. L. R. §. 17. P. P. Alles dieses würde aber gar nicht der Fall sein, wenn eine Servitut gegen den redlichen Besitzer nicht geltend gemacht werden könnte. Bornemann *) welcher zugiebt, daß die beiden ersten von uns allegirten Stellen der Ansicht von der Erkennbarkeit der dinglichen Rechte entgegenstehen würden, meint zwar man müßte diese Stellen auf den zuletzt allegirten §. 21. I. 22. beziehen. Allein dieser §. steht, wie wir eben gesehen, nicht minder der Regel von der Erkennbarkeit der dinglichen Rechten entgegen. Ueberhaupt ist gar nicht abzusehen, wie man aus den §§. 16 — 20. I. 22., welche die Eintragung der Servituten vorschreiben, heraus deduziren will, daß zum Wesen der dinglichen Rechte die Erkennbarkeit nothwendig sei. Diese Eintragung ist blos für den Fall vorgeschrieben, daß ein Grundstück auf einen **singular successor** übergehen sollte. Der Besitzer und dessen Erben aber müssen immer auch die nicht eingetragenen Servituten anerkennen, und so können die Gläubiger, welche diesen kreditiren, niemals wissen, wenn sie dem Glauben des Hypothekenbuches folgen, wie sehr das Grundstück mit Servituten belastet sei. Für diese geht also das Prinzip der Erkennbarkeit ganz verloren.

XVI. Muß bei der actio confessoria und negatoria dem redlichen Besitzer das pretium erstattet werden?

Herr Kammergerichts-Rath Rintlen hat uns in

---

*) System Bd. 4. S. 265. Note 1.

v. Kamptz Jahrbüchern Bd. 30. S. 110. nachgewiesen, wie absurd es sein würde, wenn der entsetzte Miether oder Pächter, um die Anerkennung seines Rechtes gegen den dritten redlichen Besitzer zu bewirken, demselben das Pretium der Sache ersetzen müßte, und wir zweifeln nicht, daß Jedermann dieser Ansicht beipflichten wird. Um aber diese Absurdität zu vermeiden, giebt es eine Alternative, entweder man spricht dem Nutzungsberechtigten die **actio confessoria** ab, oder man spricht ihn von der Erstattung des **pretii** frei. Herr R. wählte das Erstere. Wir glauben aber das Letztere vorziehen zu müssen, und zwar aus doppeltem Grunde:

1) ist es sowohl dem Geiste, als sehr vielen positiven Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts ganz entgegen, den Gebrauchs- und Nutzungsrechten einen dinglichen Charakter abzusprechen.

2) Ist auch, wenn man sich erst den Unterschied zwischen der **vindicatio** und der **actio confessoria** klar gemacht, mehrfach aus dem Allgem. Landrechte ersichtlich, daß eine Restitution des **pretii** der Sache, bei der **actio confessoria**, nicht erforderlich ist.

Nur der Vindikant, d. h. derjenige, welcher die Herausgabe der Sache verlangt, und dem Besitzer jeden Anspruch entziehen will, wohin der Eigenthümer und Pfandgläubiger zu rechnen sind, muß dem **b. f. p.** das **pretium** erstatten. §. 25. 26. I. 15. 117. 118. I. 20. Wer aber mit der **actio confessoria** nur die Anerkennung eines Rechtes auf die Sache verlangt, ohne dem Besitzer das Eigenthum streitig zu machen, ist hierzu keinesweges verpflichtet.

Vielmehr kann in einem solchen Falle der redliche Besitzer nur gegen seinen **auctor**, wegen Verheimlichung der auf der Sache haftenden Lasten, mit der **actio redhibitoria** und **quanti minoris** auftreten, wie dies die §§. 333—335. I. 5., §. 183 — 185. I. 11., §. 418. 419. I. 21. A. L. R. vollkommen bestätigen.

Nehmen wir aber auch an, daß der Nutzungs-Be-

rechtigte die Anerkennung seines Rechtes nur gegen Erstattung des **pretii** vom dritten Besitzer verlangen kann; so ist dies doch noch immer kein Grund, deshalb dem Nutzungs-Berechtigten die **actio confessoria** abzusprechen. Ist es etwa minder absurd, daß der Pfandgläubiger zur Wiedererlangung seines Pfandes, dem dritten redlichen Besitzer das **pretium** restituiren muß? Das Pfand soll dem Gläubiger zur Sicherheit und nöthigen Falls zur Befriedigung seiner Forderung dienen, wenn aber der Pfandgläubiger dem dritten Besitzer das **pretium** restituiren muß, welches in der Regel dem Werth der Sache gleich kommen, ihn bisweilen auch übersteigen wird; welchen Vortheil kann alsdann der Pfandgläubiger durch die Wiedererlangung des Pfandes erlangen? Wie soll der Gläubiger hierdurch Sicherheit oder Befriedigung für seine Forderung finden? Und dennoch gestatten ihm die Gesetze nur unter diesen Bedingungen die Vindikation. §. 119. I. 20.

Freilich deutet uns Herr Rintlen in seinem Aufsatze an, daß der Pfandgläubiger doch die Substanz erhält, der Nutzungs-Berechtigte aber, für die Erstattung des **pretii**, nur ein temporäres Nutzungsrecht erlangen würde.

Dieß kann aber wohl nicht gegründet sein. Es kann doch unmöglich in Zweifel gezogen werden, daß der Nutzungs-Berechtigte, welcher dem redlichen Besitzer das **pretium** ersetzt, gleich dem, welcher die **litis aestimatio** einer Sache zahlt, auch in die Rechte des Abgefundenen tritt. Soll etwa der Nutzungs-Berechtigte, nach Beendigung seines temporären Rechtes, dem Besitzer, welchen er durch das **pretium** abgefunden hat, die Sache unentgeldlich wieder herausgeben, und so dem Besitzer zum unentgeldlichen Eigenthume einer Sache verhelfen?

Zweifelhafter kann es bei der **actio negatoria** sein. Setzen wir den Fall **A.** hat ein Grundstück mit einer Weide-Gerechtigkeit gekauft, und die letztere mehrere Jahre ausgeübt. Vor dem Ablaufe der Verjährungs-Frist aber hätte

B., der Eigenthümer des dienenden Grundstückes, die actio negatoria angestellt und obgesiegt. Kann nun A. als redlicher Besitzer von B. Erstattung des pretii der Weide-Gerechtigkeit verlangen, oder muß er sich an seinen auctor wegen Gewährsleistung halten. Die Gesetzes-Stellen, welche dem redlichen Besitzer das pretium zusprechen, handeln immer nur von Sachen §. 25. 26. I. 15. §. 80. 118. 119. I. 20. §. 299. II. 20. A. L. R. §. 83. I. 29. A. G. O. Wie es aber bei Rechten zu halten sei, findet sich nirgends eine klare Vorschrift. Nur eine indirekte Vorschrift läßt sich nachweisen, die aber sehr zweifelhaft ist. Ich meine die §§. 164—166. I. 11. A. L. R.

Diese verordnen nämlich:

„Ist durch den Anspruch des Dritten nicht die ganze Sache, sondern nur ein Theil oder Pertinenzstück, oder eine damit verkaufte Gerechtigkeit, dem Käufer entzogen worden, so finden wegen der Fälle, wo der Käufer von dem ganzen Vertrage zurücktreten kann, die Vorschriften des 5ten Tit. §. 325. sqq. Anwendung.

Kann und will der Käufer von dieser Befugniß Gebrauch machen, so muß der Verkäufer gegen Zurückgabe des Ueberrestes der Sache, das ganze erhaltene Kaufgeld wieder erstatten.

Doch muß davon, zu seinem Vortheile dasjenige, was etwa der Dritte, dem Käufer, als redlichen Besitzer, zu vergüten hat, abgerechnet werden."

Da nun hier auch von der vindicatio einer Servitut die Rede ist, und dennoch bestimmt wird, daß der Käufer, welcher von dem Vertrage abgehen will, sich das abrechnen lassen soll, was ihm, als redlichen Besitzer von dem Vindicanten erstattet worden ist, so gewinnt es scheinbar das Ansehen, als müßte bei der actio negatoria das pretium erstattet werden. Man darf jedoch nicht übersehen, daß im Eingange von der vindicatio eines Theiles des fundi, eines Pertinenzstückes oder Grundgerechtigkeit die

Da nun bei den ersten beiden die Erstattung der pretii kein Bedenken leidet; so würde sich, wenn auch bei einer Grundgerechtigkeit dasselbe der Fall wäre, der gebrauchte Ausdruck etwa nicht erklären lassen. Man sieht sich daher gerade durch diese Vorschrift bestimmt, bei Servituten keine Erstattung des pretii eintreten zu lassen, und den Ausdruck etwa, auf die vindicatio eines Theiles oder Pertinenzstückes zu beziehen. Was auch ganz Sachgemäß erscheint.

XVII. Kennt das Allgem. Landrecht ein legatum partitionis.

Unter legatum partitionis versteht man im römischen Rechte das Vermächtniß eines aliquoten Theils einer Erbschaft. Da jedoch ein aliquoter Theil des Vermögens nur nach Abzug der Schulden denkbar ist; so lag es in der Natur der Sache, daß ein solcher Legatar, gleich den Erben, die Schulden der Masse tragen helfen mußte, und der Erbe konnte ihn hiezu bei der Ausantwortung des Legats durch eine stipulatio partis et pro parte anhalten. Hierdurch wurde aber die ganze Natur des Legates, welches eine successio singularis ist, vernichtet, und es wird daher auch im neuern Rechte, der legatarius partitiarius als fideikommissarischer Erbe betrachtet.

Wening Bd. 5. §. 136.

Das A. L. R. welches keine Universalfideikommisse im Sinne des R. R. kennt, sondern nur fideikommissarische Substitutionen, müßte demnach auch kein legatum partitionis haben; dessen ungeachtet verordnen die §§. 256—258. I. 12.

> daß wenn der Erblasser nur über einzelne Theile seines Nachlasses verfügt hat, dergleichen Erben im Verhältnisse zu den Intestaterben, als Legatarien betrachtet werden sollen.

Wir hätten demnach das **legatum partitionis** des R. R. wieder, und mit ihm auch die Universalfideikommisse. Der einzige Unterschied bestände nur darin, daß im R. R. die **legata partitionis** zu Universalfideikommissen, bei uns aber, die letzteren **legata partitionis** geworden sind. Zu einem solchen Resultate gelangt man vorzüglich, wenn man die Ansicht des v. Rönne über den Grundsatz: **nemo pro parte testatus etc.** (Bd. I. S. 361. 362. Note) beherzigt *). Die im Erbrechte so häufig ausgesprochene Abtrünnigkeit des A. L. R. von der Weisheit Justinians, wäre dann bloße Verläumdung, und unser Erbrecht ein wahres Ebenbild justinianeischer Weisheit. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich jedoch schon aus folgenden Stellen, die so lauten:

„Ist dem Manne eine bestimmte Sache oder Summe zum Ehevermächtnisse beschieden, so wird er in Beziehung auf die Erben der Frau, als **legatarius** angesehen. Bestehet aber das Ehevermächtniß aus einem nur im Verhältniß gegen das Ganze bestimmten Theile, (**pars quota**) des Nachlasses, so hat der Mann die Rechte und Pflichten eines Miterben." §. 454. 455. II. 1. A. L. R.

Wer diese §§. gelesen, kann unmöglich den Gedanken Raum geben, daß Jemand dem eine Quote legirt wird, als Legatar betrachtet werden könne.

Aber auch abgesehen von diesen §§. ergiebt sich schon aus dem Tit. 12. Th. I. des A. L. R., daß ein **legatum partitionis** ganz außer dem Bereiche unserer Gesetzgebung liegt. Es bestimmt nicht nur der §. 6. l. c. ganz ausdrücklich, daß nur Verfügungen über einzelne Sachen oder Summen die Benennung Legat beizulegen sei, son-

---

*) In der zweiten Ausgabe des Kleinschen Systems hat v. Rönne die frühere Ansicht, auf Grund des angeführten §. 45., weggelassen, und bekennt sich zu der hier vertheidigten Ansicht. Bd. I. Seite. 341. Nota I.

dern es ist auch in der ganzen Lehre der Vermächtnisse §. 288 — 457. l. c. eines **legatum partitionis** nicht gedacht. Vielmehr ist immer nur von einzelnen Sachen oder Summen die Rede, §. 288. 291. 301. 305. u. s. w. I. 12. A. L. R.

Auch soll nach §. 45. l. c. jede Disposition, in welchen auch nur über einen Theil des Nachlasses verfügt ist, als Testament betrachtet worden; gäbe es nun ein **legatum partitionis**, so würden wir im Widerspruche mit §. 3. I. 12. Testamente ohne Erbeseinsetzungen haben.

Mehr aber noch als das bisher Gesagte, muß folgende Betrachtung unsere Ansicht rechtfertigen. Die wesentlichsten Unterscheidungen zwischen Legatarien und Erben bestehen im A. L. R. darin:

1) daß ein Erbe prinzipaliter, ein Legatar aber nur in **subsidium** mit seinem Vermächtnisse für die Schulden des Erblassers aufkommen müsse;
2) daß ein Erbe unmittelbar, der Legatar aber mittelbar das Hinterlassene erhält;
3) daß den Legatarien die erledigte Erbportion nicht zuwächst;
4) daß Legate, unter dem zwanzigsten Theile des Vermögens, außergerichtlich hinterlassen werden können;

Was nun den Punkt ad 1. anbelangt, so ist bereits oben nachgewiesen worden, daß es in der Natur des **legatum partitionis** liegt, daß ein solcher Legatar gleich dem Erben zu den Schulden beitragen müsse. Hier ist also **legatarius partiarius** und Erbe eines und dasselbe.

Eben so wenig kann der ad. 2. angeführte Unterschied bei einem **legatum partitionis** Anwendung finden.

Sollte ein solches Legat wie jedes andere mittelbar durch den Erben restituirt werden, so mußte dieß von einem Erben ohne Vorbehalt nach §. 294 — 295. sofort nach der **deliberations**-Frist geschehen; was unmöglich wäre, da die Quantität dieses Legats erst nach Ermittelung der Schulden festgesetzt werden kann, diese aber bei einem Erbschafts-

Antritt ohne Vorbehalt fast niemals ganz ermittelt werden. Es kann daher, da wir keine **stipulatio partis et pro parte** kennen, der Erbe nur dann sicher gehen, wenn er mit dem Legatar die Erbschaft theilt, so daß dieser verhältnißmäßig die **passiva** überkommt, hiedurch aber erhält der Legatar seinen Antheil unmittelbar aus der Erbschaft, und wird dem Erben wiederum ganz gleichgestellt. Selbst der Erbe mit Vorbehalt wird zu einer solchen Theilung sich verstehen müssen, da der Legatar mit dem Tode des Erblassers **ipso jure** seinen ideellen Antheil erwirbt, und nicht nur die Pflicht sondern auch das Recht erhält, die Schulden **pro parte** zu bezahlen. Ganz besonders aber müssen solche **legatarii partitiarii** von welchem im A. L. R. §. 256. l. c. die Rede ist, nämlich die Testamentserben, denen nur ein Theil des Nachlasses zugewendet wird, und die deshalb im Verhältniß zu den Intestaterben, als **legatarii** betrachtet werden, unmittelbar ihren Antheil aus der Erbschaft erhalten. Der §. 117. I. 17. bestimmt dies ausdrücklich, indem er verordnet:

„Jeder Erbe, dessen Antheil nicht in sich selbst, sondern nur im Verhältnisse gegen das Ganze bestimmt ist, kann auf die Theilung antragen."

Nicht minder unrichtig wäre es den ad 3. gedachten Unterschied bei Legatarien **partiariis** gelten zu lassen. Zwar heißt es §. 283. I. 12.:

„Erben die nur als Legatarii betrachtet werden müssen, haben an dergleichen Zuwachse keinen Antheil."

Diese Vorschrift kann jedoch nicht von solchen Erben verstanden werden, welche im Verhältniß zu den Intestat-Erben als Legatarii zu betrachten sind; da hier nur vom Adcrescens-Rechte bei Testamenten die Rede ist; und es ist ganz falsch, wenn unter Anderm beim §. 283. l. c. auch der §. 258. allegirt wird. Vielmehr kann hier nur der §. 265. gemeint sein, nach welchem Erben, denen nur **res singulares** hinterlassen sind, als Legatarii im Verhältniß zu den übrigen Testamentserben betrachtet werden. Nur

von diesen kann es heißen, daß sie an dem den Testaments-erben zustehenden Anwachsungsrechte keinen Antheil nehmen.

Wie könnte es auch sonst im §. 285. l. c. heißen:

daß nur durch ein ausdrückliches Verbot des Erb-lassers die erledigte Erbportion den Intestaterben zu-fällt.

wenn die erledigten Erbportionen auch schon dann den In-testaterben zufielen, sobald der Erblasser nicht über den gan-zen Nachlaß verfügt hätte.

Endlich kann auch der Unterschied ad 4. bei Legata-rien partiariis nicht statt finden, da es §. 162. l. c. heißt:

„Legate, welche den zwanzigsten Theil des Nachlas-ses wahrscheinlich, oder nach der Versicherung des Erblassers nicht übersteigen, können durch eigen-händig geschriebene und unterschriebene Codocille ver-ordnet werden.“

Bezöge sich nun diese Verordnung auch auf eine pars quota, so würde nicht blos von Wahrscheinlichkeit und von Versicherungen des Erblassers die Rede sein; da bei einer Quota es sofort ersichtlich ist, ob sie weniger als den zwan-zigsten Theil beträgt. Wenn nun aber keiner der angeführ-ten Unterschiede bei einem legatum partitionis statt findet, welchen Sinn soll nun ein solches Legat haben, was alle Folgen einer Erbeseinsetzung hat. Offenbar will der §. 256. l. c. nicht mehr als sein wörtlicher Inhalt sagen, daß die Theile worüber der Erblasser nicht verfügt hat, den Intestat-erben zufallen sollen; und nur in sofern werden nach §. 258. die Testamentserben im Verhältnisse zu den Intestaterben als Legatarii betrachtet. Ganz dem §. 521. gemäß in welchem es heißt:

„So weit aber die gesetzliche Erbfolge durch die letztwillige Verordnung nicht aufgehoben worden ist, wird nach den Regeln der ersteren, die in letzterer fehlende Bestimmung ergänzt.“

Zu wünschen bleibt es indeß, daß bei der Revision des A. L. R. die Unterscheidung zwischen Legat und Erbesein-

setzung mit größerer Bestimmtheit bezeichnet und ausgedrückt werde. Sehr klar ist dieß im Oesterreichischen Gesetzbuche §. 535. geschehen.

XVII. Ist der Käufer eines Grundstückes, welcher die auf demselben haftenden hypothekarische Schulden übernommen, den nicht zugezogenen Gläubigern persönlich verpflichtet?

Der Fall, daß Käufer **in partem pretii** die hypothekarischen Schulden übernehmen, ohne die Gläubiger zuzuziehen, ist eine tägliche Erscheinung. Wird nun nachher das Grundstück subhastirt, und fällt ein Realgläubiger aus; so war es bisher in Praxi streitig, ob der ausgefallene Gläubiger den ersten Besitzer, welcher die Schulden kontrahirt, oder den letzten, welcher dieselben übernommen hat, wegen des ausgefallenen Kapitals persönlich in Anspruch nehmen könne. Es kann jedoch bei einiger theoretischen Auffassung keinem Zweifel unterliegen, daß nur der erste Besitzer den Gläubigern persönlich verhaftet sein könne. Daß ein Schuldner wider Willen des Gläubigers sich keinen andern substituiren kann, ist wohl selbst einem Laien nie zweifelhaft gewesen, und daß ein Dritter aus Verträgen denen er nicht beigetreten ist, keine Rechte erlangen kann, darf einem Juristen nicht unbekannt sein. Beides aber wäre hier der Fall, wenn die Gläubiger das Recht oder die Pflicht haben sollten, den letzten Besitzer in Anspruch zu nehmen.

Es würde alsdann der erste Besitzer der eigentliche Schuldner, ohne **expromissio** oder **delegatio** von seiner Verpflichtung befreit werden, und der Gläubiger Rechte an einer Person erlangen, mit welcher er niemals kontrahirt hat.

Weit klarer aber als durch diese Argumentation, ist durch den Buchstaben der Gesetze selbst unsere Ansicht bestätigt. Folgende Gesetzesstellen setzen es außer allen Zweifel.

1) §. 53. 54. I. 20. A. L. R. in welchem es heißt:

„Die Pflicht, dem Gläubiger zu gestatten, daß er seine Befriedigung sofort aus der verpfändeten Sache nehme, geht zwar der Regel nach, auf jeden Eigenthümer derselben über.

Weiter aber, als die verpfändete Sache reicht, ist ein solcher dritter Eigenthümer dem Gläubiger, welchem er sich nicht etwa noch außerdem persönlich verpflichtet hat, zu haften nicht schuldig."

2) §. 7. 8. I. 19. A. L. R.

„Die aus dinglichen Rechten auf fremde Sachen entstehenden Verpflichtungen muß in der Regel jeder Besitzer derselben anerkennen.

Ist aber der Besitzer der Sache nicht zugleich persönlich verpflichtet; so dauert seine Verbindlichkeit nur so lange, als er in dem Besitze der verpfändeten Sache sich befindet."

3) §. 392. I. 50. A. G. O. in fine.

Sind hypothekarische Rechte von einem vorhergehenden Besitzer des Grundstückes bestellt, und von dem Gemeinschuldner oder dessen Erblasser nur mit dem Grundstück zugleich übernommen worden, ohne daß außerdem eine persönliche Befugniß und Verbindlichkeit zwischen dem Uebernehmer und dem eingetragenen Gläubiger entstanden wäre; so kann letzterer wegen des Ausfalles an den Grundstücken an die übrige Kreditmasse keinen Anspruch machen."

Nach dem bisher Gesagten kann es also unmöglich noch zweifelhaft sein, daß nur der erste Besitzer den Gläubigern persönlich verpflichtet sei, und gewiß würde sich nie eine entgegenstehende Ansicht*) gebildet haben, wenn man

---

*) Simon u. v. Strampfs Rechtssprüche Bd. I. S. 141. Bornemann Bd. II. S. 419. u. f.

die allegirten Gesetzes-Stellen berücksichtigt hätte. Auf Grund dieser Gesetze vorzüglich hat auch Oswald *) später die hier vorgetragene Ansicht vertheidigt, und selbst das Geh. Obertribunal seine frühere Meinung geändert. Gegenwärtig ist durch die Deklaration v. 21. März 1835. allem Streite ein Ende gemacht, und die vorgetragene Ansicht gesetzlich anerkannt.

Wenn nun aber auch jetzt es kein Bedenken erleiden kann, daß die Gläubiger den neuen Besitzer, ohne das Hinzutreten einer expromissio oder delegatio, nicht in Anspruch nehmen können, so kann es doch eben so wenig in Zweifel gezogen werden, daß indirekt die Gläubiger das Recht den letzten Besitzer belangen zu dürfen, stets würden erlangen können.

Zuvörderst erscheint es ganz unzweifelhaft, daß der letzte Besitzer, sobald er die hypothekarischen Schulden nicht bezahlt, welche er in partem pretii übernommen hat, aus dem Kaufvertrage dem Verkäufer auf Höhe dieser Schulden, als einen Theil des Kaufpreises, persönlich verhaftet bleibt, und mit der actio venditi in Anspruch genommen werden kann. Dieses Recht muß aber auch der Verkäufer den Gläubigern cediren können, und sie hierdurch in Stand setzen, den letzten Besitzer zu belangen, welcher Ansicht auch Koch beigetreten ist **).

Es kann aber eben so wenig in Abrede gestellt werden, daß der Verkäufer den Besitzer zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit anhalten, und die Befriedigung der Gläubiger verlangen kann. Dieses Recht muß ihm selbst dann zugesprochen werden, wenn man auch den Vertrag, als zum Vortheile eines Dritten geschlossen, betrachten wollte, was er freilich nicht ist. Nach §. 74. 99. I. 5. sollen Verträge zum Vortheile eines Dritten nur diesem, ohne ausdrücklichen Beitritt, kein Klagerecht ertheilen, dagegen sind

---

*) Simon u. v. Strampfs Zeitschr. Bd. II. Heft. 2. S. 276.

**) Koch, die Lehre vom Uebergange der Forderungs-Rechte S. 45. u. 49.

sie für die Kontrahenten immer bindend, und erzeugen ein wechselseitiges Klagerecht. Dieses Klagerecht muß aber, wie jedes andere, abgetreten werden können, und so würden die Gläubiger wiederum durch **cession** die Befugniß erlangen, den gegenwärtigen Besitzer in Anspruch zu nehmen. Für den Fall, daß der Käufer ausdrücklich als Selbstschuldner sich verpflichtet hätte, ist die **cession** speziell in der Deklaration vorgeschrieben, wodurch aber keinesweges die übrigen Arten der **cession**, da sie auf den allgemeinen gesetzlichen Grundsätzen basirt sind, ausgeschlossen sein können. Schließlich dürfte noch die Ansicht derer zu erwähnen sein, welche den Gläubigern auf Grund des §. 370. I. 16. ein Klagerecht geben wollte. Dieser §. verordnet nämlich:

„Ein Käufer, welcher das Kaufgeld zur Bezahlung gewisser Schulden des Verkäufers anzuwenden versprochen hat, kann, zum Nachtheile dieser Gläubiger mit anderer Forderung an den Verkäufer nicht kompensiren.“

Da nun des Beitritts der Gläubiger hier keiner Erwähnung gethan wird, so glaubt man einen Belag dafür gefunden zu haben, daß der Käufer, welcher die Schulden des Verkäufers in **partem pretii** übernommen hat, direkt von den Gläubigern belangt werden könne. Allein in dieser Gesetzes-Stelle ist durchaus nicht den Gläubigern ein Klagerecht gegeben. Es ist nur dem Käufer die **compensation** abgesprochen. Wer aber das Kaufgeld einzuklagen berechtigt sei, ist nicht bestimmt worden, und es müssen mithin in dieser Beziehung die Grundsätze der §§. 74. 99. I. 5. A. L. R. eintreten. Demnach würden die Gläubiger, nur in Folge eines stattgehabten Beitrittes, in Ermangelung desselben aber, nur der Verkäufer, zur Klage berechtigt sein, in beiden Fällen aber die Kompensation ausgeschlossen bleiben.

XVIII. Von der Socinischen Cautel.

Im R. R. konnte bekanntlich auch der Pflichttheils-Berechtigte mit Bedingungen beschwert werden, wenn ihm mehr als der Pflichttheil hinterlassen wurde (Thibaut §. 812.) Diese sogenannte Socinische Cautel, vermuthet v. Rönne, Th. 2. S. 139. Nota 2. gelte auch im A. L. R., obschon nirgends derselben Erwähnung geschieht.

Diese Vermuthung finden wir vollkommen begründet; da aber eine Vermuthung noch immer der Zweifel unterworfen ist, so halten wir einen Nachweis, daß das A. L. R. mehrfach diese Socinische Cautel speziell anerkennt, nicht für überflüssig. Es geschieht dies in nicht weniger als sechs Stellen: denn es bestimmt

1) §. 283. 284. I. 17., daß Erben die mehr, als den ihnen gebührenden Pflichttheil erhalten, die Bedingung eine Societät fortzusetzen und zu erfüllen verpflichtet sind.

2) Werden §. 119 — 122. I. 17. die Miterben verpflichtet, alle Dispositionen des Erblassers hinsichts der Gemeinschaft anzuerkennen; wenn ihnen mehr als der Pflichttheil hinterlassen ward.

3) bestimmt der §. 393. II. 18.

„Nur ein Erblasser, welcher dem Pflegebefohlnen mehr, als einen ihm schuldigen Pflichttheil zugewendet hat, kann die eidliche Bestärkung eines Privatverzeichnisses von seinem Nachlasse untersagen."

4) heißt es §. 612. 613. II. 18.

„Hat der Erblasser die Fortsetzung der Handlung ausdrücklich verordnet, so muß seinem Willen in allen Stücken so lange nachgelebt werden, als nicht neue Umstände, welche die Fortsetzung für den Pflegebefohlnen bedenklich machen, zum Vorschein kommen."

„Hat der Erblasser den Pflegebefohlnen nur den ihnen schuldigen Pflichttheil hinterlassen, so sind der Vormund und das Gericht an seine Disposition wegen Fortsetzung der Handlung nicht gebunden.“

5) heißt es §. 683. II. 18. hinsichts der Befreiung des Vormundes von den Beschränkungen der Administration:

„Auch ist nur ein solcher Erblasser, welcher dem Pflegebefohlnen mehr, als einen ihnen schuldigen Pflichttheil zuwendet, dazu berechtigt.“

Aehnliche Bestimmungen finden sich im Anh. §. 157. und an andern Orten mehr.

Nach diesen Belägen kann es nun wohl keinem Zweifel mehr unterworfen sein, daß das A. L. R. eben so wie das gemeine Recht eine Socinische Cautel kennt, und hat auch nunmehr v. Rönne, auf Grund der allegirten Gesetzes-Stellen, in der 2ten Ausgabe Bd. II. S. 132. N. 1. entschieden sich dafür ausgesprochen. Etwas auffallend erscheint es indeß, daß er sowohl hier, als auch an andern Orten, wo er die von uns gerügten Ansichten zurücknimmt, die Quelle seiner nunmehrigen Gründe und Beläge, nicht angiebt, während er sonst unsere Aufsätze, so weit sie damals, in ihrer früheren Gestalt aus der Jur. Zeit. bekannt waren, stets anführt.

XIX. Ersetzt die 30jährige Verjährung den Mangel an Titel oder nur die Mangelhaftigkeit desselben?

Daß die 30jährige Verjährung den Mangel an Titel ersetze, und daß selbst der Nachweis, daß der Verjährende nie einen Titel gehabt habe, dieser Art der Verjährung nicht schade, ist eine aus den neueren Kompendien des gemeinen Rechtes erborgte und durch den §. 625. I. 9. A. L. R. scheinbar unterstützte Meinung. Eine solche Annahme wi-

derspricht aber sowohl der Natur der Sache, als der zur Zeit der Redaktion herrschenden Ansicht des gemeinen Rechtes. Ganz besonders aber den Materialien und mehreren speziellen Vorschriften des A. L. R. selbst.

Betrachten wir die Frage aus rationellen Gesichts-Punkte, so ist wohl nicht gut zu begreifen, wie Jemand der keinen Grund anzugeben vermag, aus welchem er eine Sache oder ein Recht in Besitz genommen, für einen redlichen Besitzer gehalten werden soll. Und doch ist Redlichkeit des Besitzes auch bei der 30jährigen Verjährung nach §. 631. I. 9. eiu unerläßliches Erforderniß. Ich weiß wohl daß man diesen Zweifel damit zu beseitigen glaubt, daß nach §. 18. I. 7. die Redlichkeit vermuthet wird. Ich glaube jedoch, daß jede gesetzliche Vermuthung irgend ein Fundament voraussetzt, was beim Besitze in der justa causa, durch welche man zum Besitze gelangt ist, gefunden werden kann. Wer aber ohne allen Grund besitzt, der dürfte wohl schwerlich, wenn auch nur muthmaßlich, für einen redlichen Besitzer gehalten werden. Aber zugegeben, daß auch ein solcher Besitzer für einen redlichen gehalten werden müsse, so sieht man doch immer nicht ein, wie er das Eigenthum einer Sache erwerben könnte. Nach §. 571. 666. I. 9. §. 28. I. 22. A. L. R. erstreckt sich die Verjährung nicht weiter, als der Besitz des Verjährenden gegangen ist. Nun liegen aber im Eigenthume unendlich viele Rechte, die unmöglich der Verjährende alle ausüben kann, und so könnte es den Anschein habe, als wären nur diejenigen Rechte verjährt, welche wirklich ausgeübt worden. Dieser Zweifel ist indeß ganz ungegründet, sobald Jemand eine Sache ex justa causa, als Eigenthum in Besitz genommen. Der Umfang des vermeintlichen Rechtes zum Besitze, macht es dann sofort klar, ob man das einzelne Recht, als Eigenthümer, oder blos als dinglich Berechtigter ausgeübt habe. Besitzt dagegen Jemand ohne allen Rechts-Grund, so fehlt es offenbar an jedem Motiv anzunehmen, daß er die ausgeübten Rechte, als vermeintlicher Eigenthümer ausgeübt. Setzen

wir den Fall A. habe 30 Jahre eine fremde Wiese besessen, aber während dieser Zeit immer nur Heu gemacht, und will nun dieselbe austrocknen und in Ackerland umwandeln. Der wahre Eigenthümer widerspricht dem, während A. auf die 30jährige Verjährung sich beruft. Meines Erachtens wird der Richter, wenn A. keine justa causa angeben könnte, in Folge der, er das Heumachen, als Eigenthümer und nicht blos, als Servituten-Berechtigter ausgeübt, nur die Servitut ferner Heu zu machen, dem A. zusprechen können. Ja hätte A. noch so viele andere Rechte ausgeübt; so würde er immer nur diese vereinzelnte Rechte, nicht aber das Eigenthum erwerben. Die Basis seiner Erwerbung bleibt immer der bloße Besitz, und so kann er auch nur diejenigen Rechte erwerben, die aus dem stattgehabten Besitz hergeleitet werden können, wenn überhaupt ein Besitz ohne Recht zum Besitze, Rechte gewähren kann. Es würde demnach auch bei der 30jährigen Verjährung der Verjährende, wenn auch keinen titulus justus, doch eine justa causa angeben müssen, d. h. irgend einen vermeintlichen Grund, z. B. einen titulus putativus, aus dem er sich für berechtigt zu halten glaubte, das Eigenthum der Sache in Besitz zu nehmen.

Gehen wir nun zu der früher herrschend gewesenen Theorie des gemeinen Rechtes über, so finden wir ebenfalls die Ansicht bestätigt, daß der völlige Mangel an Titel jede erwerbende Verjährung unwirksam macht. Fast alle Rechts-Lehrer waren zur Zeit der Redaktion darüber einig, daß nach cap. I. de praesc. in 6. nur der Beweis des Titels bei der 30jährigen Verjährung erlassen wird, so daß der Titel zwar präsumirt wird, aber den Gegenbeweis nicht ausschließt. Hofacker §. 977. Gilkenius T. II. m. I. c. 9. Thibauts Verjährung S. 106. Diese Ansicht haben auch anfänglich die Redaktoren des A. L. R. getheilt. Klein sagt ausdrücklich *):

---

*) Simon u. v. Strampfs Z. S. Bd. III. S. 409.

„Zwischen der praescriptio ordinaria und longissimi temporis findet meines Erachtens folgender Unterschied statt.

Wer sich in letzterer gründet, darf titulum nicht erweisen, und bona fides wird, wie immer präsumirt.

Aber doch findet auch diese Art der Verjährung nicht statt, wenn der Mangel oder Fehler des Titels klar erhellet.

Bei der kürzeren Verjährung ist es aber nicht genug, daß defectus tituli nicht erhelle, vielmehr muß solchenfalls existentia tituli a praescribente nachgewiesen werden."

Suarez *) war sogar Anfangs der Meinung, daß der Titel bei jeder erwerbende Verjährung unerläßlich sei, denn er äußert sich dahin:

»absque titulo kann Niemand ein Eigenthum acquiriren. Wer sich also in praescriptione acquisitiva gründet, muß allemal titulum dominii für sich haben, und es ist unrecht, wenn man nach gemeinem Sachsen-Rechte auch hier solum lapsum temporis für hinreichend annimmt."

Später äußerte er sich jedoch dahin:

„aus dem bloßen gar nicht titulirten Besitz kann niemals ein Eigenthum entstehen, doch genügt bei der 30jährigen Verjährung die Ergreifung des vollständigen Besitzes d. h. eine Handlung, wodurch Jemand die Sache oder das Recht, als das seinige, in Besitz genommen, vorhergegangen **)."

Hienach scheint nach Suarez der Nachweis einer vollständigen Besitzergreifung die Stelle des Titels zu vertreten, allein um zu ersehen, ob der Besitz ein vollständiger oder ein unvollständiger sei, wird immer die causa possessionis zu

---

*) l. c. S. 422.
**) l. c. S. 549.

prüfen sein. Das factum des Besitzes kann beim vollständigen und unvollständigen Besitze ganz gleich sein, und nur im vermeintlichen Rechte zum Besitze kann das Unterscheidende gefunden werden. Denn der Eigenthümer kann sein Grundstück wie ein Pächter nutzen, und sein Besitz äußerlich ganz das Ansehen eines unvollständigen haben. Am Wenigsten läßt bei der Besitz-Ergreifung sich ersehen, ob man eine Sache in vollständigen oder unvollständigen Besitz genommen. Immer wird daher der Grund der Besitznahme angegeben werden müssen, welcher zwar kein justus titulus zu sein braucht, aber doch eine justa causa possessionis, z. B. ein Putativtitel. Dieses scheint auch nach meinem Dafürhalten der Sinn des §. 627. I. 9. zu sein, welcher verordnet:

„Der Nachweis, daß der Verjährende die Sache oder das Recht, als sein eigen in Besitz genommen und besessen habe, ist dazu nothwendig."

Daß diese Beweisführung, der bloße Nachweis einer Besitz-Handlung, aus welcher der animus rem sibi habendi entnommen werden könnte, sein soll, wie man nach Suarez zu glauben sich geneigt fühlen könnte, ist nicht gesagt, und so wird man auf die allgemeine Beweis-Theorie rekurriren müssen. Dieser zufolge wird aber, wie bereits oben ausgeführt ist, der Beweis nur durch Anführung einer justa causa zu bewerkstelligen sein.

Sollte noch das Gesagte einem Zweifel unterworfen sein, so wird derselbe durch folgende Gesetzes-Stellen gewiß gehoben werden:

1) verordnet der §. 586. I. 9.:

„Wer den vorhergehenden Besitzer nicht angeben kann, hat in der Regel die Vermuthung gegen sich, daß er die Sache von einem solchen, welcher sie durch Gewalt oder Diebstahl an sich gebracht, erlangt habe."

Wenn nun auch in dieser Gesetzes-Stelle nicht bestimmt ist, ob ein solcher Besitzer für einen redlichen oder unredli-

chen gehalten werden soll; so wird doch immer in Gemäßheit des §. 648. I. 9. wie bei allen gestohlenen Sachen, welche unmittelbar vom Diebe erworben sind, die 30jährige Verjährung nicht ausreichen, und eine 40jährige erforderlich sein.

2) bestimmen die §§. 37 — 39. I. 15. Daß derjenige, welcher seinen Titel nicht angeben kann, für einen unredlichen Besitzer zu erachten sei, was auch mit den Vorschriften des R. R. übereinstimmt, welche den Besitzer, der keinen Rechts-Grund seines Besitzes angeben kann, für einen praedo erklären. Die fr. 11. u. 12. Lib. 5. Tit. 3. D. bestimmen in dieser Beziehung:

»pro possessore vero possidet praedo. Qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo.«

Betrachtet man aber den Besitz ohne allen Rechts-Grund, als einen unredlichen; so kann er auch nicht die Grundlage der 30jährigen Verjährung bilden, die eben so wie jede andere erwerbende Verjährung die Unredlichkeit ausschließt.

3) verordnet der §. 628. I. 9.

„Dagegen schadet der Nachweis, daß die Besitznehmung ursprünglich auf Grund eines zur Erlangung des Eigenthumes nicht geschickten Titels geschehen sei, der Verjährung nur in so fern, als dadurch die Unredlichkeit des Besitzes dargethan ist.“

Halten wir nun an den Worten dieser Gesetzes-Stelle fest, so werden wir ex argumento e contrario zu geben müssen, daß der Mangel an allem, selbst fehlerhaften Titel, die Verjährung unwirksam mache. Es ist mithin hienach zwar die Anfangs von den Redaktoren in Vorschlag gebrachte, gemeinrechtliche Ansicht, wonach selbst die erwiesene Fehlerhaftigkeit des Titels die Verjährung ausschließen würde, wieder verlassen worden. Dagegen hat man mit Suarez eingesehen, daß der Mangel an allem Rechts-Grunde, der

bloße, gar nicht titulirte, Besitz, kein Eigenthum erzeugen kann.

Die Abweichung des A. L. R. vom gemeinen Rechte besteht also nur darin, nach dem letzteren erfordert auch die 30jährige Verjährung einen **justus titulus**, der aber nicht erwiesen zu werden braucht, sondern präsumirt wird, im A. L. R. genügt dagegen schon ein mangelhafter Titel z. B. ein **titulus putativus**, doch wird dieser nicht präsumirt, sondern er muß erwiesen werden. Freilich kann man der bisherigen Ausführung die klaren Worte des §. 625. I. 9. entgegen setzen, nach welchen kein Titel erfordert wird. Man muß aber nicht übersehen, daß ein vermeintlicher Rechts-Grund, der zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickt ist, im A. L. R. in der That, als kein Titel erachtet wird.

Ganz besonders aber irrig ist es, wenn man sogar aus der 30jährigen Verjährung herleiten zu können glaubt, daß der Mangel an Rechts-Grund den Besitz nicht zum unredlichen mache, weil sonst eine 30jährige Verjährung nicht denkbar wäre (Simons R. S. Bd. I. S. 429.). Gerade entgegengesetzt, eben weil ein Besitz ohne Rechts-Grund nur ein unredlicher sein kann, ist bei gedachter Verjährung der Nachweis vorgeschrieben, daß man die Sache als sein eigen in Besitz genommen habe. Jedenfalls aber läßt sich eine solche Ansicht nach den §§. 37 — 39. I. 15. nicht denken, in welchen derjenige, welcher seinen Titel nicht anzugeben vermag, unbedingt als unredlicher Besitzer erklärt wird. Aus dem §. 39. geht sogar hervor, daß selbst, wenn es der Besitzer wahrscheinlich machen könnte, daß er einen Titel gehabt habe, er dennoch so weit, als unredlicher Besitzer angesehen wird, daß er unentgeltlich die Sache restituiren müsse.

Noch weit mehr aber stellt sich das bisher Gesagte, als richtig heraus, wenn wir die Sache praktisch uns vergegenwärtigen. Man denke sich den Fall **A.** entwendet mehrere werthvolle Sachen, und besitzt sie 30 Jahre. Jetzt

erst entdeckt der Eigenthümer diese Sachen bei A. und verlangt die Angabe der Erwerbung. A. verweigert dieselbe und beruft sich auf die 30jährige Verjährung. Wäre nun die Ansicht derer richtig, daß die Angabe des Rechts-Grundes, selbst eines vermeintlichen, nicht nothwendig sei, so würde A. durch Diebstahl zu rechtmäßigem Eigenthume gelangen. Müßte dagegen der Verjährende stets die Art und Weise der Erwerbung nachweisen, oder mit anderen Worten, darthun, wie er dazu gekommen, die Sache, als eigen in Besitz zu nehmen; so wird der Dieb niemals Eigenthum erwerben. Wir glauben daher, daß praktisch unsere Ansicht, noch mehr, als theoretisch sich bewähren dürfte. Wie überhaupt eine gute Gesetzgebung die Grenzen der Verjährung, so eng als möglich, zusammenziehen muß.

XX. Wann nimmt eine Verjährung ihren Anfang?

Nach R. R. beginnt bekanntlich die Verjährung erst von dem Zeitpunkte, wo man Recht und Ursache zur Klage hatte, was man actio nata nennt. Hievon soll nach v. Rönne Bd. I. S. 276. Nota 1. das A. L. R. abweichen, und die Verjährung von dem Zeitpunkte ihren Anfang nehmen lassen, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit gefordert werden darf. Wir haben bereits früher das Gegentheil ausgeführt *), und hat seitdem v. Rönne **) seine Ansicht geändert, auch ist Thöne Bd. II. §. 297. desgleichen Grothe***) unserer Ansicht beigetreten. Dagegen hat Bornemann ****) mit neuen Gründen, die von Rönne aufgegebne Ansicht, hinsicht persönlicher Forderung, von Neuem zu vertheidigen gesucht. Wir haben deshalb uns bemüht

---

*) Meine Aufsätze erste Ausgabe No. 4.

**) Bd. I. zweite Ausgabe S. 254. Note 1.

***) In dem Central-Blatt No. 7. de 1836.

****) Bd. II. §. 124.

noch einmal die Sache sorgfältigst zu untersuchen und zu erörtern, glauben aber nunmehr mit verdoppelten Gründen unsere frühere Ansicht geltend zu machen, und soll die Entwickelung dieser Gründe Gegenstand dieses Aufsatzes sein.

Was zuvörderst die Möglichkeit zur Klage betrifft, so hat das A. L. R., nach unserem Dafürhalten, nicht nur den römischen Grundsatz beibehalten, sondern ist offenbar viel weiter gegangen. Nach R. R. kam es blos auf die juristische Möglichkeit zur Klage an, dagegen standen faktische Hindernisse der Verjährung durchaus nicht entgegen, und so konnte selbst gegen Personen, die von ihrem Rechte nicht unterrichtet waren, eine Verjährung mit voller Wirksamkeit eintreten. fr. 66. §. 1. Lib. 18. Tit. 1. D. fr. 34. fr. 35. §. 1. Lib. 3. Tit. 3. D.

Nur in Fällen, wo faktische Hindernisse nach allgemeinen Grundsätzen eine in integrum restitutio herbeiführten, trat dieselbe auch bei der Verjährung ein. fr. 23. §. 2. Lib. 4. Tit. 6. D.

Sehen wir hingegen auf die Vorschriften des A. L. R. so finden wir, daß auch jedes faktische Hinderniß den Anfang der Verjährung verhindert *). Aber auch bei juristischen Hindernissen ist offenbar das A. L. R. weiter, als das R. R. gegangen. In dem letzteren schadet das im Laufe der Verjährung hinzugetretene Hinderniß durchaus nicht **), im A. L. R. berechtigt dagegen sowohl das faktische, als juristische impedimentum superveniens zur in integrum restitutio. §. 531. u. f. I. 9.

Zweifelhafter erscheint dagegen, wie weit das A. L. R. den zweiten Theil der actio nata, die Ursache zur Klage, zum nothwendigen Erfordernisse der Verjährung gemacht.

Hier kann es sich fragen, muß wie viele Rechtslehrer des gemeinen Rechtes wollen, erst eine Rechts-Verletzung

---

*) §. 512 — 517. 575. 590. I. 9.

**) fr. 16. Lib. 23. Tit. 5. D.

vorhergegangen sein, bevor die Verjährung ihren Anfang nehmen kann, oder tritt sie sofort mit der Möglichkeit der Geltendmachung des Rechtes ein.

Nach meinem Dafürhalten muß man jedoch das Erstere annehmen. An einer allgemeinen Vorschrift hat es freilich das A. L. R. fehlen lassen, in vielen speziellen Fällen ist es jedoch nicht blos dem R. R. gefolgt; sondern sogar viel weiter als dieses gegangen, und schließt die Verjährung selbst dann aus, wenn eine Rechts-Verletzung zwar stattgefunden, es aber aus den Umständen klar erhellet, oder sonst sich annehmen läßt, daß die Klage nicht aus Nachlässigkeit, sondern aus Nachsicht oder Intresse unterblieben ist. Eine Beschränkung, die dem R. R. ganz fremd geblieben, die aber im A. L. R. ganz klar an vielen Orten zu finden ist, wie folgende Stellen zeigen dürften:

1) verordnet der §. 2355. II. 8. hinsichts der Verjährung der Assekuranz-Klage:

> „Sind über die Vergütung der Unterhandlung gepflogen worden, so wird die darauf verwendete Zeit, bis zum Zeitpunkte, da selbige wegen der Weigerung des Versicherers abgebrochen worden, in die Verjährungs-Zeit nicht mit eingerechnet."

Hier hat also eine Rechts-Verletzung stattgefunden, denn der Versicherer hat seine Verpflichtung nicht anerkennen wollen, und dennoch findet keine Verjährung hinsichts der Zeit statt, wo die Klage im Interesse des Vergleiches und nicht aus Nachläßigkeit unterblieben.

2) wird hinsichts der Verjährung der Gefälle §. 510. I. 9. bestimmt, daß dieselbe nicht eintrete, wenn aus den Umständen klar erhellet, daß die Einforderung aus bloßer Nachsicht unterlassen worden. Auch hier hat eine Rechts-Verletzung stattgefunden; denn die Gefälle sind an ihrem Verfalltage nicht entrichtet worden, und dennoch bleibt die Verjährung, trotz der obgewalteten mora, ausgeschlossen, weil muthmaßlich Nach-

sicht, und nicht Nachläßigkeit dem Nichtgebrauche des Rechtes zu Grunde lag.

3) verordnen die §§. 247. 248. I. 20., daß eine Schuldforderung so weit sie durch Pfand gedeckt ist, nicht verjähren soll. Wovon der Grund offenbar kein anderer sein kann, als daß die Einziehung einer sichergestellten Forderung dem Gläubiger gleichgültig sein kann, und wenn die Forderung eine verzinsliche ist, sogar oft seinem Interesse zuwider sein könnte. Bei der allgemeinen Fassung der §§. muß man die Gültigkeit der Bestimmung auch für den Fall annehmen daß die Forderung einen bestimmten Verfalltag hätte, und so haben wir einen abermaligen Belag dafür, daß, trotz der eingetretenen Rechts-Verletzung, die Verjährung ausgeschlossen bleibt, sobald sich nur annehmen läßt, daß nicht Nachläßigkeit, sondern andere Gründe Ursache der unterlassenen Ausübung des Rechtes gewesen.

4) soll nach §. 76. 77. I. 17. die Theilungs-Klage trotz der stattgehabten Weigerung der Miteigenthümer nicht verjähren. Thöne *) findet hierin eine Ausnahme. Meines Erachtens ist dieses nicht der Fall. Beim Miteigenthume kann ein Interessent sehr leicht zu der Einsicht gelangen, daß die Theilung ihm nachtheilig gewesen wäre, und die communio ihm weit vortheilhafter sei, und so kann er im eigenen Interesse die verweigerte Theilung, die erlittene Rechts-Verletzung, nicht gerügt haben. Die §§. 76 — 77 können daher nur als Bestärkung für die Regel dienen, daß bei einer muthmaßlichen Ermangelung einer Ursache zur Klage, die auf Nachläßigkeit basirte Verjährung durch Nichtgebrauch, ungeachtet einer erfolgten Rechts-Verletzung, nicht Platz ergreife.

5) soll nach §. 317. I. 11. das auf unbestimmte Zeit be-

---

*) Bd. II. S. 465.

stellte Rückkaufs-Recht niemals verjähren. Thöne*) meint nun wieder, daß der §. 317. blos von einem Rückkaufs-Rechte handelt, daß zu allen Zeiten ausgeübt werden soll, und findet den Grund der Unverjährbarkeit in den Bestimmungen des Vertrages. Allein nach §. 315. soll ein Rückkaufs-Recht für dessen Ausübung keine Zeit bestimmt ist, ganz dieselbe Wirkung haben, als wäre es für alle Zeiten bestellt worden, und so muß mithin auch die Unverjährbarkeit ihm beigelegt werden. Hievon kann aber der Grund wiederum kein anderer sein, als daß der Berechtigte durch Veränderung der Umstände oder sonst einsehen könnte, daß der Rückkauf für ihn unvortheilhaft sein würde. Z. B. weil die Sache inzwischen im Preise gefallen sei, und so könnte er im eigenen Interesse die Klage unterlassen.

6) verordnet der §. 5. I. 9. und §. 91 — 93. I. 21., daß eine gegen den Pächter und Nießbraucher vollendete Verjährung dem Eigenthümer nicht entgegenstehe, wovon wiederum der Grund kein anderer sein kann, als, daß der Eigenthümer, welcher die Benutzung einem Anderen überlassen, keine Ursache hat sich um die Beeinträchtigung zu kümmern, und mithin eine Nachläßigkeit ihm nicht angerechnet werden kann. Suarez selbst äußert sich hierüber in diesem Sinne:

„Der Grund ist offenbar der, weil, so lange die Sache sich in dem Gewahrsam des **usufructuarii** befindet, der **proprietarius** keine Gelegenheit noch Veranlassung hat, sich darum zu bekümmern, was mit der Sache vorgehe, mithin **praescriptio tanquam poena negligentiae** gegen ihn nicht anfangen kann.“

7) findet nach §. 524. 525. I. 9. zwischen Eheleuten, so wie zwischen Vater und Sohn während der väterli-

---

*) Bd. II. S. 466.

chen Gewalt, keine Verjährung statt. Auch hievon ist der Grund in der präsumirten Nachsicht zu suchen. Auf die Vorschriften des R. R. kann hiebei nicht rekurrirt werden, denn in diesem Rechte konnten die Ehefrau und der filius familius nicht klagen, und so trat mithin der Grundsatz ein, agere non valenti non currit praescriptio, weshalb auch ein Dritter Adventitien und Dotalsachen nicht verjähren konnte. Im A. L. R. ist dagegen beiden in §. 6. u. 7. I. 15. ein Recht zu vindiziren beigelegt, und so fällt mithin jener Grund fort. Auch ist die Beschränkung nicht nur für die Sachen der Ehefrau und des filius familius, sondern auch für die des Vaters und resp. Ehemanns gegeben, die Verjährung ist wechselseitig ausgeschlossen, während ein jeder Dritter rechtsbeständig verjähren kann, und so bleibt für die gegebene Vorschrift keine andere ratio, als die präsumtive Nachsicht, der Mangel an Ursache zur Klage.

Wenn nun aber in allen diesen Fällen die Verjährung, trotz der stattgehabten Rechts-Verletzung, blos aus dem Grunde ausgeschlossen wird, weil die Klage muthmaßlich aus Nachsicht oder Intresse unterblieben ist, wie vielmehr muß man die Verjährung ausschließen, wenn eine Rechtsverletzung gar nicht vorgefallen ist, wie z. B. bei einem Darlehn auf unbestimmte Zeit vor erfolgter Kündigung u. s. w.

So würde denn das A. L. R. das römische Erforderniß der actio nata nicht nur in seinem ganzen Umfange aufgenommen; sondern demselben noch eine weit größere Ausdehnung gegeben haben. Eine solche Ausdehnung ist aber auch ganz nach dem landrechtlichen Begriffe von der Verjährung durch Nichtgebrauch bedingt. Nach §. 568. I. 9. soll diese Verjährung die Vermuthung begründen, daß die Verbindlichkeit getilgt sei. Diese Vermuthung läßt sich aber nur dann rechtfertigen, wenn sonst gar kein Grund für die unterlassene Ausübung des Rechtes sich aufweisen

ließe. Fehlte es dagegen dem Berechtigten an einer Ursache zur Klage, und läßt sich die nicht Ausübung des Rechtes aus Nachsicht, Intresse, oder sonst erklären, so ist auch gar kein Grund vorhanden eine erfolgte Tilgung der Verbindlichkeit auzunehmen. Nur bei Rechten die in der Befugniß zu handeln bestehen, und auf keine Prästation gerichtet sind, kann eine Verjährung mit dem Tage beginnen, wo man die Handlung auszuüben im Stande gewesen. Und nur hierin kann der Grund gefunden werden, weshalb Rechte **sub conditione potestativa** durch Verjährung erlöschen, wenn innerhalb 30 Jahre die Bedingung nicht erfüllt worden ist*). Hier kann von einem Aufforderern, von einer Mahnung, nicht die Rede sein, und das Erforderniß einer Rechtsverletzung (**actio nata**) läßt sich ganz und gar nicht denken. Die Erfüllung der Bedingung ist ganz in den Händen des Berechtigten, von aller Mitwirkung des Verpflichteten vollkommen unabhängig. Selbst von einer Nachsicht mit dem Verpflichteten kann nicht die Rede sein, denn diese kann erst nach erfüllter Bedingung, mit Erwerbung des Rechtes eintreten. Ganz dasselbe muß auch von **servitutes continua** gelten. Auch zur Ausübung dieser bedarf es keiner Aufforderung, der Berechtigte kann, ohne Weiteres zur Ausübnng schreiten, und eine Nachsicht läßt sich um so weniger denken, als das Verabsäumte nicht nachgeholt werden kann. Bei diesen muß also ebenfalls die Verjährung sofort mit der Möglichkeit der Ausübung beginnen, und nur rücksichts dieser scheint der §. 545. I. 9. gegeben zu sein, welcher verordnet:

„Gegen andere Rechte fängt die Verjährung erst von dem Tage an, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte."

Der Ausdruck „gegen andere Rechte" bildet hier den reinen Gegensatz zu den §§. 543. 544. und da diese von **juribus discontinuis**, die nur bei gewissen Gelegenheiten

---

*) §. 495, 496. I. 12.

ausgeübt werden handeln; so kann der §. 545. nur von **jura continua**, die fortwährend ausgeübt werden, zu verstehen sein, wohin vorzüglich die Servituten gehören. Wollte man aber auch diese Interpretation für zu gewagt halten, und deshalb den Ausdruck „gegen andere Rechte" von allen Rechten, mit Ausschluß der **jura discontinua**, verstehen, so wird man doch immer zugeben müssen, daß die Ausdrücke „zuerst gefordert werden konnte" nicht die Zeit der Erwerbung, den **dies cedit** bezeichnen; sondern vielmehr den **dies venit** andeuten, oder richtiger, die Zeit, wo die faktische und juristische Möglichkeit eingetreten, sein Recht gerichtlich zu verfolgen. Eine gerichtliche Verfolgung eines Rechtes ist aber immer, wie auch von Anderen schon richtig bemerkt worden, erst nach eingetretener Rechts-Vergeltung, nach vergeblicher Aufforderung denkbar, und so wird man immer auf das Requisit der **actio nata** zurückkommen müssen. In der That hat auch die Praxis dieses längst anerkannt, und auch in den Materialien des A. L. R. findet es sich mehrfach ausgesprochen.

In Kleins Materialien *) wird ausdrücklich bestimmt:

„Von der Zeit, da die Erfüllung der Verbindlichkeit versagt worden, läuft die Zeit der Verjährung."

Im Entwurfe von Kircheisen war die Bestimmung dahin gefaßt **):

„Alle Klagen werden in der Regel verjährt, wenn sie nicht innerhalb 30 Jahren, von Zeit der Handlung an gerechnet, welche die Klage begründen kann, angestellt werden."

hinsichts der auf Kündigung ausgestellten Forderung ist noch speziell bestimmt ***):

„Nur nach geschehener Aufkündigung nimmt die Verjährungs-Zeit ihren Anfang."

---

*) Simon u. v. Strampfs Z. S. Bd. III. S. 413. §. 288.

**) l. c. S. 440. §. 896.

***) l. c. S. 442. §. 914.

Endlich bemerkt noch Suarez *):

„Die Hindernisse der Verfolgung eines Rechtes können auch in dem Rechte selbst liegen z. E. wenn das Recht nur sub conditione suspensiva oder ex die eingeräumt worden, wenn keine occasio utendi vorhanden gewesen, odee wenn sonst actio nondum nata ist."

In dem umgearbeiteten Entwurf sind nun die obigen Bestimmungen, gegen welche kein monitum sich findet, weggelassen, und an deren Stelle der §. 545. des A. L. R. gesetzt worden, und so dürfte es wohl nicht ferner zweifelhaft sein, daß der §. 545. aus dem man den Grundsatz der actio nata bestreiten zu können geglaubt hat, gerade die Anerkennung dieses Satzes zum Zwecke hat. Es wäre in der That mehr als auffallend, wenn dieser §. die früheren Bestimmungen aufheben sollte, nachdem sie mehrfach anerkannt worden, und nirgends Widerspruch erfahren hatten.

XXI. Von der erwerbenden Verjährung der Servituten.

Schon im gemeinen Rechte waren zur Zeit der Redaktion über die Erfordernisse dieser Verjährung die Meinungen getheilt **). Nach Einigen sollte die bloße patientia domini genügen, nach Anderen dagegen der Titel selbst bei der 30jährigen Verjährung unerläßlich sein ***), und noch Andere verlangten Titel und patientia domini zugleich ****).

Dieser Streit findet sich zum Theile auch im preußi-

*) l. c. S. 519. Nr. 3.

**) Vinnius que. sel. L. 1. c. 31.

***) Hellfeld, §. 687.

****) Rave §. 62.

schen Rechte erneuert. Der §. 14. I. 22. verordnet nämlich hinsichts der Verjährung der Servituten:

„Bei dieser letzten Erwerbungs-Art muß besonders nachgewiesen sein, daß der Besitzer die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht und nicht vermöge einer bloßen Begünstigung in Besitz genommen, und durch rechtsverjährter Zeit ununterbrochen ausgeübt hat.“ (Tit. 7. §. 81 — 85.)

Scheinbar diesem entgegen verordnet der §. 107. I. 7. A. L. R.:

„Wer etwas thut, oder sich gefallen läßt, was ihm nachtheilig ist, oder zur Einschränkung seiner Rechte gereicht, der hat die Vermuthung wider sich, daß bei einer solchen Handlung oder Duldung die Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung zum Gruude liege.“

Um nun diesen scheinbaren Widerspruch zu vereinigen, haben sich nun zwei Ansichten gebildet. Nach der einen soll der im §. 14. verlangte Nachweis nur von der zehnjährigen Verjährung zu verstehen sein, und hier die Stelle des Titels vertreten, was ganz mit der oben angeführten gemeinrechtlichen Ansicht des Vinnius übereinstimmt, nur daß dieser auch bei der 30jährigen Verjährung den Nachweis der **patientia domini** verlangt. Nach der anderen Meinung fände dagegen die Vorschrift des §. 14. auch bei der 30jährigen Verjährung statt, und macht bei der 10jährigen den Titel nicht überflüssig.

Auch diese Ansicht findet sich in der zur Zeit der Redaktion herrschenden Doktrinn des gemeinen Rechtes wieder. Es ist ganz die Ansicht des Rave, nur daß dieser auch bei der 30jährigen Verjährung den Nachweis des Titels, neben der **patientia domini**, verlangt.

Nach unsrem Dafürhalten dürfte jedoch die letztere Meinung den Vorzug verdienen, da der ersteren Ansicht mehrere nicht zu beseitigende Einwendungen entgegenstehen:

1) wird der Wiederspruch zwischen §. 107. I. 7. und

§. 14. I. 22. durchaus nicht gehoben. Auch bei der zehnjährigen Verjährung wird die Frage keine Lösung finden, weshalb der Verjährende nach §. 14. die Negative beweisen soll, daß er die Servitut nicht **preccario** ausgeübt habe, da doch nach §. 107. die **praesumtio** gegen das **preccarium** spricht.

2) wird im §. 579. I. 9. das Erforderniß eines Titels ganz allgemein für die Verjährung von Sachen und Rechten vorgeschrieben, und würde falls Servituten eine Ausnahme machten, eine spezielle derogirende Vorschrift nothwendig sein. Im §. 14. ist eine solche nicht enthalten, und kann selbst **deducendo** nicht darin gefunden werden, da die Ausdrücke: „muß besonders nachgewiesen werden" mehr auf eine Erschwerung, als Minderung der Beweislast hindeuten.

3) würde bei der 30jährigen Verjährung eine weit geringere Beweisführung für Servituten, als für Sachen erforderlich sein. Bei den letzteren ist nach §. 627. mindestens der Nachweis erforderlich, daß man die Sache, als sein eigen in Besitz genommen und besessen habe, bei den Servituten würde dagegen diese Beweisführung mit der des §. 14. zusammenfallen, und daher bei der 30jährigen Verjährung gar nicht erforderlich sein. Dieses ist aber um so weniger anzunehmen, als zur Zeit der Redaktion nach der Praxis des gemeinen Rechtes die Verjährung der Servituten weit beschränkter, als die der Sachen gewesen, und auf Grund des kannonischen Rechtes ganz allgemein selbst bei der 30jährigen Verjährung einen **titulus justus** verlangt worden ist *).

4) wird hinsichts der Verjährung des Patronatrechtes §. 612. II. 11. speziell vorgeschrieben, daß bei der

---

*) Hellfeld §. 687. Thibaut über Besitz und Verjährung. S. 111. Nota 2.

gewöhnlichen Verjährung nachgewiesen werden müsse, daß man die einzelnen Befugnisse, als ein wirklich zukommendes Recht ausgeübt habe. Ein solcher Nachweis würde aber bei der gewöhnlichen 30jährigen Verjährung wegen der **praesumtio juris** des §. 107. I. 7. gar nicht nothwendig sein, da die Bestimmung dieses §. fast noch mehr für das Patronatrecht, als für Servituten paßt.

5) ergiebt sich auch aus den Materialien die Unrichtigkeit dieser Ansicht. Klein *) hatte Anfangs diese Meinung, daß bei den Servituten die **patientia domini** die Stelle des Titels vertrete, und deshalb wurde auch später im Entwurfe von Kircheisen die Bestimmung aufgenommen **):

„Bei Erwerbung der Dienstbarkeiten vertritt die Besitzergreifung die Stelle des Titels."

Suarez bemerkte jedoch hinzu:

„Diesen Satz halte ich nicht für richtig. Soll eine Servitut **per praescriptionem ordinariam** erworben werden, so ist auch dazu **justus titulus** erforderlich."

worauf auch später die obige Bestimmung weggelassen worden.

Hienach dürfte es wohl kaum noch zweifelhaft sein, daß bei der Verjährung der Servituten der Titel, ein ebenso nothwendiges Requisit, wie bei der Verjährung von Sachen sei, und daß der im §. 14. verlangte Nachweis nur noch hinzutreten muß. Wie dieses auch für das gemeine Recht zur Zeit der Redaktion von Rave behauptet worden ist, welchem die Redaktoren nach dem Inhalte der Materialien vielfach gefolgt sind. Diese größere Beschränkung der Servituten-Verjährung ist auch in der That ganz angemessen. Bei Sachen ist fast der Fall gar nicht denkbar, daß Je-

---

*) Simon u. v. Strampfs Z. S. Bd. III. S. 407. 408.

**) l. c. S. 430. §. 811.

mand sein Eigenthum in fremde Hände lassen sollte, denen er es nicht anvertraut hätte. Dagegen ist es bei Servituten eine tägliche Erscheinung, daß man aus Nachsicht oder Gefälligkeit die Ausübung duldet, ohne sie erlaubt zu haben.

Es ist daher auch hier gar keine besondere Strenge, wenn das Gesetz mit dem Titel von einem Unberechtigten sich nicht begnügt, und verlangt, daß man die Servitut, als ein Recht ausgeübt, und daß der Eigenthümer sie als eine vermeintliche Schuldigkeit geduldet. Streng würde diese Bestimmung nur dann zu nennen sein, wenn der Verjährende Beides zu beweisen hätte, was aber nicht der Fall ist. Nur das Erstere, daß er die Servitut, als ein Recht ausgeübt, muß er nach §. 82. I. 7. A. L. R. beweisen, weil überhaupt ohne diesen Nachweis gar keine Besitzergreifung denkbar ist. Die Negative dagegen, daß der Eigenthümer die Ausübung nicht aus bloßer Gefälligkeit geduldet, kann überhaupt nicht Gegenstand des Beweises sein, und gehört auch nicht zur Beweis-Last des Verjährenden. Dieses wird vielmehr nach §. 107. I. 7. präsumirt, vorausgesetzt, daß der Verjährende bereits bewiesen hat, daß er die Servitut, als ein ihm zukommendes Recht ausgeübt. Ein Mehreres will auch der §. 14. I. 22. nicht bestimmen, und deshalb wird daselbst mit Recht der §. 82. I. 7. als Belag allegirt.

Ein Widerspruch zwischen den §. 14. I. 22. u. §. 107. I. 7. liegt also durchaus nicht vor. Wäre ein solcher vorhanden, so fände er auch zwischen §. 82. und 107. statt, denn der §. 14. ist offenbar nur eine Wiederholung des §. 82.

Ein solcher Widerspruch ist aber, selbst von der obigen Ausführung abgesehen, nicht vorhanden.

Allerdings sind die vitia possessionis Thatsachen, die nicht vermuthet werden können, und daß eine Besitzergreifung vi, clam, precario, geschehen sei, muß eben so wie jede mala fides erwiesen werden, und hiedurch ist der §. 107. vollkommen gerechtfertigt; allein so wie bei der Vindikatio die mala fides des Beklagten erst in der Replik erwie-

sen zu werden braucht, wenn bereits die Rechtmäßigkeit des Besitzes vom Beklagten durch die Angabe des Titels wahrscheinlich gemacht, und die Vermuthung der bona fides begründet worden ist: eben so ist die Berufung und der Beweis der vitia possessionis bei der Negatorien-Klage erst in der Replik erforderlich, wenn der Beklagte bereits den Nachweis, daß er das Recht als sein eigen in Besitz genommen, geführt hat. Dieser Nachweis ist stets die erste Bedingung des Besitzes, und erst wenn dieser gelungen ist, muß der Kläger, wenn er seine Negatorien-Klage nicht aufgeben will, die vitia possessionis nachweisen. Dieß ist auch speziell im A. L. R. anerkannt.

Denn es heißt:

1) „Wer eine Handlung, die ein Anderer als eine fortdauernde Schuldigkeit gefordert hat, wirklich leistet, der setzt denselben in den Besitz des Rechts, von dem Andern zu fordern, daß er diese Handlung ferner leiste.“ §. 80. I. 7.

2) „Soll jedoch durch dergleichen Handlungen der Besitz eines negativen Rechtes wirklich erlangt werden; so muß aus der Erklärung des Handelnden oder aus den Umständen, die Meinung desselben, daß ihm ein solches fortdauerndes Recht wirklich zustehe, deutlich erhellen.“ §. 82. I. 7.

In beiden §§. sehen wir also den Nachweis, daß man das Recht als ein eigenes in Besitz genommen habe, als unerläßliche Bedingung des Besitzes, und erst später, nachdem die Erfordernisse des Besitzes angegeben sind, handeln die §§. 96—108. I. 7. von den Fehlern des Besitzes. Für diese letztere Ansicht hat sich auch neuerdings Bornemann*) erklärt, dagegen scheint die erste Ausführung einige Unterterstützung in den Materialien zu finden. Auch nach diesen gewinnt es das Ansehen, als gehörten zur Besitzergreifung eines Rechtes zwei Monente:

---

*) Bornemann Bd. 4. S. 559 — 567.

1) daß der eine Theil den Besitz, als ein ihm zustehendes Recht ausübe und

2) der andere ihn aus einer vermeintlichen Schuldigkeit anerkenne.

Daß aber das zweite Monent präsumirt wird und keines Beweises bedarf.

Ein Monent wollte sogar *), bei der Besitzergreifung affirmativer Rechte sich mit dem Nachweise nicht begnügen, daß das Recht als eine Schuldigkeit gefordert worden; sondern er verlangte noch daß es erwiesen sei, daß die Handlung in Folge der geschehenen Aufforderung geleistet worden.

Worauf indeß erwiedert wurde:

„Wenn die Handlung, als fortdauernde Schuldigkeit gefordert, und darauf ohne Widerspruch geleistet ist; so ist die Absicht des Leistenden klar."

Ein andrer Monent vermißte wieder, eine Bestimmung darüber ob überhaupt die Vermuthung für oder gegen das Prekarium eintreten sollte **), und so ist wahrscheinlich zur Erledigung dieser **monita**, in dem umgearbeiteten Entwurfe die Bestimmung des §. 107. aufgenommen worden. Demnach ergiebt sich aus den Entstehungs-Gründen, wie aus dem Wortsinne dieses §. daß er blos zum Zwecke hat die Beweisführung zu erlassen, daß der Verpflichtete aus vermeintlicher Schuldigkeit etwas geleistet oder geduldet, keinesweges aber sollte er die Beweis-Pflicht des §. 80. u. 82. aufheben, daß man die Leistuug oder Duldung, als ein Recht gefordert. Der §. 14. I. 22. faßt also offenbar nur den Inhalt des §. 82. und 107. I. 7. zusammen, und findet sowohl bei der zehn, als 30jährigen Verjährung statt.

Nur bei der ungewöhnlichen Verjährung scheint der bloße Ablauf der Verjahrungszeit zu genügen. Dieß scheint schon der §. 630. I. 9. anzudeuten, indem es daselbst heißt:

„Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Besitz durch welchen die Verjährung erfolgt, auf einen Titel sich gründe oder nicht,"

*) Simon u. v. Strampfs Z. S. Bd. III. S. 251. **) l. c. S. 260.

und in demselben Sinne heißt es auch §. 661. I. 9.

„Ein solcher funfzigjähriger ruhiger Besitz ist, ohne Rücksicht auf den Titel desselben, zur Verjährung hinreichend.“

Ganz besonders aber scheint dieß aus den §§. 35—40. II. 14. hervor zu gehen; denn nachdem im §. 36. verordnet wird, daß das Eigenthum der Domainen durch die bloße 44jährige Verjährung nicht verloren gehen soll, heißt es alsdann ferner §. 39. 40.

„Auch hat derjenige, welcher sich in einem 44jährigen Besitze eines Domainengutes befindet, die Vermuthung für sich, daß er es aus einem rechtsgültigen Titel besitze.

Er muß also bei diesem Besitze so lange geschützt werden, als nicht ausgemittelt worden, daß bei der ersten Veräußerung gar kein rechtsgültiger Titel zum Grunde gelegen habe,“

und man kann daher ex argumento contrario schließen daß außer Domainen bei der ungewöhnlichen Verjährung der Nachweis, daß bei der Besitzergreifung kein Titel zum Grunde lag, nicht schadet. Allein, da in allen diesen §§. nur von einem Titel die Rede ist, dieser aber von einer causa possessionis wesentlich unterschieden ist; so wird es doch immer zweifelhaft bleiben, ob nicht selbst bei der ungewöhnlichen Verjährung eine justa causa possessionis nachgewiesen werden müsse; besonders, da bona fides in Ermangelung einer causa possessionis nicht vermuthet werden kann.

XXII. Vom titulus pro herede.

Unter titulus pro herede versteht man im Allgemeinen die irrthümliche Meinung, Sachen ererbt zu haben, die einem Andern gebühren.

Ein solcher Irrthum kann aber auf eine doppelte Weise sich erzeugen. Man kann entweder in der Meinung stehen Erbe zu sein, während es ein anderer ist, oder man kann wirklich Erbe geworden sein, aber irrthümlich gewisse Ge-

genstände für Erbschafts-Sachen und zum Nachlasse gehörig erachten, die es nicht sind. Im ersten Falle ist das vermeintliche Erbrecht selbst Gegenstand der Verjährung, und der Titel ein bloßer Irrthum. Im zweiten Falle dagegen ist das Erbrecht nur ein Titel zur Verjährung und zwar ein wirklicher, und der Irrthum betrifft blos den Gegenstand der Ersitzung.

Daß ein Irrthum ersterer Art einen zur Verjährung geschickten Titel abgebe, wird im Römischen Recht allgemein angenommen. Die gedachte zweite Art des Irrthums aber, wird zwar in den Pandekten ebenfalls, als **titulus justus** angeführt, jedoch bald als **titulus pro suo**, bald als **titulus pro herede***), im Codex dagegen als ungültiger Titel verworfen**), was auch die bewährtesten Rechtslehrer für richtig annehmen.

Im A. L. R. dagegen wird gerade entgegengesetzt der zuletzt genannte Fall als ein **justus titulus** anerkannt***), der erste Fall aber zweifelhaft gelassen; indem eines solchen Titels in der Lehre der Verjährung gar keiner Erwähnung geschieht.

Zwar heißt es §. 667. I. 9. A. L. R.:

> „Hat aber Jemand einen Inbegriff von Sachen und Rechten (**universitas juris**) durch Verjährung erworben, so gebührt ihm das Eigenthum aller darunter begriffenen einzelnen Stücke und Befugnisse."

woraus mindestens ersichtlich ist, daß eine **universitas juris**, also auch eine Erbschaft durch Verjährung erworben werden kann. Allein dieses setzt nicht nothwendig eine Verjährung **pro herede** voraus. Man kann vielmehr hiebei den Fall sich denken, daß Jemand von einem unrechtmäßigen

---

*) fr. 3. Tit. 5. fr. 2. Tit. 10. Lib. 41. D.

**) L. 4. Tit. 29. L. Tit. 7. C.

***) „Um eine neue Verjährung solcher Sachen, die im Nachlasse vorgefunden worden, anzufangen, bedarf der Erbe keines besonderen Titels." §. 617. I. 9. A. L. R.

Erben d. h. eine Erbschaft gekauft und **pro emtore** sie verjährt habe.

Wollte man aber auch annehmen, daß von einer Verjährung **pro herede** die Rede sei, so folgt doch noch immer nicht, daß ein solcher Titel, als ein zur Verjährung geschickter zu erachten ist. Zu einer solchen Annahme könnte man nur berechtigt sein, wenn der angeführte §. unstreitig von einer 10jährigen Verjährung spräche. Die vorliegende Stelle kann aber eben so gut von einer 30jährigen Verjährung verstanden werden, bei welcher es auf einen Titel gar nicht ankommt. Es bleibt mithin immer noch die Frage unentschieden: Ist der **titulus pro herede** ein **titulus justus** und kann auf Grund desselben eine 10jährige Verjährung begründet werden oder nicht?

Mehr dürfte der §. 494. I. 9. A. L. R. beweisen, welcher lautet:

„Erben, gegen welche nach erfolgter öffentlicher Vorladung ein Präklusions-Urtel ergangen ist, werden zwar dadurch, so lange die Verjährungsfrist noch nicht verflossen ist, ihres Erbrechtes selbst noch nicht verlustig."

Hieraus folgt mindestens unzweifelhaft, daß ein Erbrecht durch Verjährung erlangt werden kann. Ob aber durch eine 10- oder 30jährige Verjährung, ist auch hier unentschieden, und es bleibt wiederum die Frage ungelöst, wie weit der Besitz **pro herede** als Titel zu achten ist. Mehr Auskunft geben auch die Materialien nicht *).

Geht man indeß auf die Natur eines gültigen Titels zurück; so kann man nicht umhin, den Römischen **titulus pro herede** als ein Unding zu verwerfen und die 10jährige Verjährung einer Erbschaft für unzulänglich zu erklä-

---

*) Es findet sich blos der allgemeine Satz:

„Selbst Erbschaften können unter Voraussetzung der obigen Erfordernisse, innerhalb des bestimmten Zeitraums durch Verjährung erworben werden."

Simon u. v. Strampfs Z. S. Bd. III. S. 433. §. 831.

ren. Ein gültiger Titel ist vorhanden, wenn er überhaupt geschickt ist, Eigenthum zu übertragen, d. h. wenn er **in abstracto** Eigenthum geben würde, und **in concreto** nur deshalb kein Eigenthum giebt, weil der **auctor** nicht Eigenthümer ist. Dieses ist nun vollkommen der Fall, wenn ein wirklicher Erbe fremde Sachen als Nachlaß-Sachen ersitzt. Der Titel ist hier ein wirkliches Erbrecht, welches **in abstracto** ebenso, wie Kauf, Schenkung u. s. w. zum Eigenthum führt und **in concreto** nur deshalb kein Eigenthum giebt, weil der **auctor**, d. h. der Erblasser nicht Eigenthümer war, wie dieses alles auch bei dem Titel **pro emtore** u. s. w. der Fall ist. Ganz anders aber verhält es sich, wenn Jemand in der Meinung Erbe zu sein, eine Erbschaft in Besitz nimmt. Hier ist der Erblasser wirklich Eigenthümer der in Besitz genommenen Sachen, das **vitium** liegt also nicht in der Person des Auctors, sondern vielmehr darin, daß man sich einbildet, einen Titel zu haben, ohne wirklich einen solchen zu besitzen; der Besitzgrund ist ein bloßer **titulus putativus**, welcher auch **in abstracto** kein Eigenthum geben kann, ein solcher reicht aber zur Verjährung niemals hin. Wenn die Römischen Juristen, diese einfache Logik nicht einsehend, das Entgegengesetzte verordnen; so hat dieses zum Theil seinen Grund in der **unitas personae**, welche sie zwischen Erblasser und Erben annehmen, und daher dem Erben rücksichts der im Nachlasse befindlichen fremden Sachen keine Verjährung gestatten konnten, die dem Erblasser nicht möglich war, so wie sich anderer Seits die Erwerbung einer Erbschaft in der gewöhnlichen Verjährungszeit, durch die vielen Ausnahmen erklären läßt, welche sie bei dem Putativ-Titel so oft machen. Ueberhaupt tritt das Wesen des Widerspruches, welches das Römische Recht durchgängig marquirt, mehr als irgendwo, hinsichts des **titulus putativus**, hervor.

Für das R. R. wären also die verkehrten Bestimmungen über den **titulus pro herede** gerechtfertigt, aber freilich nur durch andere, wo möglich noch größere Verkehrt-

heiten. Das A. L. R. aber, welches weder den Grundsatz der **unitas personae** anerkennt, noch den Putatis-Titel irgendwo zuläßt, kann auch die Folgen dieser Prämissen, den allgemeinen Prinzipien entgegen, nicht aufgenommen haben. Dürften aber nach der bisherigen Ausführung noch einige Zweifel bleiben, so müssen sie schon deshalb verschwinden, weil die Redaktoren an einigen speziellen Stellen es anerkannt, daß Erbschaften nur in einer 30jährigen Verjährung erworben werden können.

1) verordnen die §§. 841. u. 842. II. 18. A. L. R.:

„So lange das auf Todes-Erklärung ergangene Urtel noch nicht rechtskräftig, oder das nach der Bestimmung §. 834. dem Erben zuerkannte Vermögen noch nicht verabfolgt ist, muß der Nachweis, daß der Abwesende früher oder später gestorben, und also der Anfall an einen andern Erben gediehen sei, zugelassen werden.“

„Ist das Vermögen einmal verabfolgt, so findet der Nachweis, daß der Abwesende früher oder später gestorben, und nach diesem Zeitpunkte seines natürlichen Todes das Vermögen einem Andern angefallen sei, nur mit der Wirkung statt, daß der solchergestalt ausgemittelte wahre Erbe den Nachlaß von dem Besitzer zurückfordern kann, jedoch dabei nicht mehr Recht hat, als der Erblasser selbst, wenn er nach der Todeserklärung zurückgekommen wäre, gehabt haben würde.“

Nach diesen Vorschriften kann also der bessere Erbe die Erbschaft von dem vermeintlichen Erben nur insofern zurückfordern, als der Verschollene selbst hiezu berechtigt gewesen sein würde. Dieser kann aber nach §. 852. ibid. innerhalb 30 Jahre die Erbschaft immer zurückfordern und erst nach Ablauf dieser Zeit muß er die vermeintliche Erbschaft dem Besitzer überlassen, und sich mit einer Kompetenz begnügen. Es kann also keinen Zweifel leiden, daß der besser berechtigte Erbe dasselbe Recht habe, und mithin

erst durch die 30jährige Verjährung seines Rechtes verlustig geht, während er, wenn ein solcher **titulus pro herede**, als ein **justus titulus** zu erachten wäre, schon durch einen 10jährigen Besitz des vermeintlichen Erben ausgeschlossen werden müßte.

2) noch weit mehr findet das Gesagte seine Bestätigung in §. 27. II. 16. Ja wenn im Tit. 18. nur von einem speziellen Falle gesprochen wird; so finden wir hier dieselbe Regel ganz allgemein und aufs Deutlichste ausgesprochen, indem dieselbe verordnet:

„Ein rechtmäßiger Erbe, welcher nach erfolgtem Präklusions-Urtel, jedoch innerhalb der gewöhnlichen Verjährungs-Frist, sich noch meldet, hat mit einem Verschollenen, der nach der Todes-Erklärung zurückkommt, gleiche Rechte." (Tit. 18. Abschnitt 8. §. 847. sqq.)

Hienach kann es also nicht zweifelhaft sein, daß jeder präkludirte Erbe, noch innerhalb der gewöhnlicher Verjährungs-Zeit, d. h. innerhalb 30 Jahre die Erbschaft in Anspruch nehmen und sie demjenigen zu entziehen berechtigt sei, welcher **pro herede** im Besitze sich befindet, was aber durchaus nicht der Fall sein könnte, wenn ein solcher **titulus pro herede** ein **titulus justus** wäre, da alsdann das Erbrecht schon nach 10 Jahren völlig erworben sein würde. So bildet denn in dieser Beziehung das A. L. R. einen reinen Gegensatz zu den Vorschriften des Römischen Rechtes, und verwirft einer Seits den Titel **pro herede**, welchen das römische Recht, als **titulus justus** anerkennt, während es anderer Seits Etwas, als **titulus pro herede** erklärt, worin das neuere R. R. gar keinen Titel findet.

XXIII. Kann der eingetragene Besitzer, wenn er auch nicht Eigenthümer wäre Eigenthum übertragen, und jura in re rechtsbeständig konstituiren?

Fast dürfte es scheinen, als sei hierüber jede Erörteterung überflüssig, und fände die aufgeworfene Frage schon in den §§. 7 — 9. I. 10. A. L. R. ihre vollkommene Erledigung. Bei einer genaueren Prüfung ergiebt sich jedoch, daß nichts weniger, als dieses der Fall sei. Diese Gesetzes-Stellen entscheiden nur scheinbar, und zwar affirmativ die in Anregung gebrachte Frage. Sie verordnen:

„Der in das Hypothekenbuch eingetragene Besitzer wird in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen, als der Eigenthümer desselben angesehen.“

„Wer mit einem solchen eingetragenen Besitzer in dergleichen Verhandlung sich einläßt, dessen Befugniß kann eben so wenig der nicht eingetragene Eigenthümer, als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, anfechten.“

„Vielmehr bleibt dem nicht eingetragenen Eigenthümer, wegen des ihm daraus entstehenden Nachtheiles, seine Rechte zur Schadloshaltung nur gegen den eingetragenen Besitzer, nach gesetzlichen Bestimmungen vorbehalten.“

Wollte man nun diese Vorschriften buchstäblich nehmen; so würde man freilich eines jeden Zweifels überhoben sein, aber man müßte auch mit Allem in Kollision gerathen, womit sonst eine gesetzliche Vorschrift im Einklange stehen muß. Nicht nur jede rationelle Grundlage würden diese Vorschriften entbehren, sondern auch praktisch gar nicht ausführbar sein, und noch weit mehr den sonstigen allgemeinen und speziellen Vorschriften des A. L. R. widersprechen.

Betrachten wir den Gegenstand von seiner rationellen

Seite; so kann man nur zugeben, daß derjenige, welcher dem Glauben des Hypothekenbuches folgt, befugt sei, seinen **auctor** für den wahren Eigenthümer zu halten. Hieraus kann aber weiter nichts folgen, als daß die Erwerbung der Sache oder des Rechtes eine redliche gewesen, und der Erwerbende, als ein **bonae fidei possessor** zu erachten sei. Die bloße redliche Erwerbung giebt aber noch kein Eigenthum, und kann blos dem Besitzer einen Auspruch auf Entschädigung geben. **Bona fides** ist nur eine Art Irrthum, aus einem Irrthume kann aber, und wäre er auch noch so verzeihlich, kein Eigenthum erwachsen. Auf noch größere Hindernisse stoßen wir, wenn wir diese Vorschriften zur praktischen Anwendung bringen. Setzen wir den Fall, Jemand hätte ein Grundstück erworben und übergeben erhalten, bevor aber der Besitztitel berichtigt worden, hätte der eingetragene Verkäufer das Grundstück weiter veräußert, und der neue Erwerber, welcher dem Glauben des Hypothekenbuches gefolgt ist, verlangt nun die Einräumung des Besitzes. Nach dem Wortsinne des §. 8. I. 10. wird der wahre nicht eingetragene Eigenthümer diesem Gesuche genügen müssen, und dennoch ist dieses nicht der Fall. Denn der wahre Eigenthümer hat ebenfalls seinen Titel von dem eingetragenen Besitzer und muß demnach, als der früher Berechtigte nach §. 19. I. 10. dem neuen Kontrahenten vorgehen.

Setzen wir aber auch den Fall, daß der nicht eingetragene Eigenthümer inzwischen sein Eigenthum weiter übertragen hätte; so wird doch immer unzweifelhaft der neue Besitzer in die Rechte seines **auctors** eintreten, und eben so wenig den Besitz dem einzuräumen brauchen, welcher seinen Titel vom eingetragenen Besitzer herleitet. Wie sollte auch der letztere, als ein blos persönlich Berechtigter, denn mehr als ein persönliches Recht kann doch der Vertrag ihm nicht gewähren, wie sollte er zur Klage gegen den dritten redlichen Besitzer legitimirt erscheinen. Ja, dasselbe würde auch dann gelten, wenn der Richter aus Versehen vor erfolgter Uebergabe auf einen neuem Erwerber den

Besitztitel berichtigt hätte, und von diesem wiederum die Sache weiter veräußert wäre. Auch hier würde der letztere weder von dem wahren Eigenthümer, noch von dessen Nachfolger die Einräumung des Besitzes fordern dürfen. Man wird ihm immer entgegensetzen können, daß sein Recht nur ein persönliches sei, und zur Klage gegen den dritten redlichen Besitzer nicht berechtige. Freilich verordnet der §. 18. I. 10.

„Wenn verschiedene Personen einen an sich rechtsgültigen Titel zur Erwerbung des Eigenthumes einer unbeweglichen Sache erhalten haben, so geht derjenige, dessen Titel von dem im Hypothekenbuche eingetragenen herrührt, den übrigen vor."

und man könnte leicht die Bestimmung unserer Annahme entgegen finden. Dieses ist jedoch nicht der Fall. Unmöglich kann diese Vorschrift von dem Falle verstanden werden, wo der Eine im redlichen Besitze sich befindet, und der Andere den Besitz erst zu erlangen sucht. Dem persönlich Berechtigten eine **vindicatio** gegen den redlichen Besitzer geben, dieses wäre eine Ausnahme, die nirgends eine Rechtfertigung fände. Offenbar kann hier nur von dem Falle die Rede sein, wo noch keiner im Besitze sich befindet, und selbst dann würde die gegebene Vorschrift nur Anwendung finden, wenn der eingetragene Besitzer Eigenthümer wäre, wie dieses bereits früher von uns nachgewiesen worden ist.

Wenn nun aber der persönlich Berechtigte, wenn er auch vom eingetragenen Besitzer sein Recht herleitet, gegen den dritten redlichen Besitzer nicht klagen kann; so ist auch eine praktische Anwendung der §§. 7 — 10. I. 10. kaum denkbar. Man müßte denn an ein **constitutum possessorium** denken, und den Fall fingiren, daß der eingetragene Besitzer nach erfolgter Veräußerung, als unvollständiger Besitzer im Besitze geblieben, und demnächst das Grundstück abermals veräußert, und den Besitz auf den neuen Erwerber übertragen hätte. Nur hier könnte es zweifelhaft sein, ob der wahre Eigenthümer dieß anfechten könnte. Die

allgemeine Fassung der §§. 7—10. I. 10 läßt jedoch eine solche beschränkte Interpretation nicht zu. Wäre dieß aber auch nicht der Fall; so würden doch immer diese Vorschriften sowohl mit den Hauptgrundsätzen, als mit den einzelnen Bestimmungen des A. L. R. nicht zu vereinigen sein. Was zuvörderst die ersteren betrifft, so ist fast kein Grundsatz allgemeiner, als der, daß nur der wahre Eigenthümer Eigenthum übertragen kann. §. 3. I. 10. Dann ist es aber auch ein ebenso unbestrittener Rechtssatz, daß ein ungültiges Recht durch die erfolgte Eintragung nicht zur Gültigkeit gelangen kann. §. 429. I. 20.

Nach weit mehr, als diese allgemeinen Grundsätze stehen aber folgende spezielle Vorschriften uns zur Seite:

1) verordnet der §. 56. I. 50. A. G. O.: hinsichts der actio pauliana.

„Eben diese Rückforderung soll statt finden, wenn auch schon sie von dem Gemeinschuldner, zur Verkürzung seiner Gläubiger, veräußerte Sache sich in den Händen eines dritten Besitzers befände. Doch bleiben dem dritten redlichen Besitzer einer solchen Sache, ingleichen demjenigen, der, auf den Glauben des Hypothekenbuches, sich in gerichtliche Verhandlungen über dieselbe redlicher Weise eingelassen hat, seine Rechte vorbehalten. (A. L. R. Th. I. 15. §. 15. u. f. Tit. 10. §. 7 u. f.)

Hier sehen wir also, daß die Gläubiger das in fraudem creditorum veräußerte Grundstück zu vindiziren berechtigt sind, wenn auch der Besitzer redlicher Weise es erworben, und hiebei dem Glauben des Hypothekenbuches gefolgt wäre, und daß ein solcher Besitzer nur einen Anspruch auf Entschädigung hat. Dieses wäre aber dem Wortsinne des §. 7. I. 10. entgegen, und doch wird dieser §. als Belag allegirt.

2) verordnet der §. 665. I. 18. A. L. R.

„Hat ein Fremder ein in das Hypothekenbuch eingetragenes Grundstück, oder eine dergleichen Gerech-

tigkeit, bei welcher aber die Lehns-Eigenschaft nicht vermerkt ist, nach gehöriger Prüfung der Urkunden, auf welchen der eingetragene Titel des gegenwärtigen Besitzers sich gründet, aus einem an sich rechtsgültigen Titel, redlicher Weise, als Allodium an sich gebracht; so erwirbt er das freie Eigenthum davon, durch die gewöhnliche Verjährung, gegen alle und jede Lehnsberechtigte, vom Tage der Eintragung seines Besitztitels."

Auch hier ist nun der Besitzer dem Glauben des Hypothekenbuches redlicher Weise gefolgt, denn die Lehns-Eigenschaft ist nicht vermerkt gewesen, und dennoch soll er erst durch Verjährung das Eigenthum, als Allodium erwerben, so, daß innerhalb der Verjährungs-Zeit die Intressenten das Grundstück vindiziren können.

3) verordnet der §. 12. I. 52. A. G. O., daß subhastirte Grundstücke vindizirt werden können, und daß der Adjudikatar nur Eviktionsleistung zu forderen berechtigt sei.

Nun konnte aber vormals eine Subhastation nur nach erfolgter Besitztitel-Berichtigung statt finden, und es würde mithin, da der Adjudikatar dem Glauben des Hypothekenbuches gefolgt ist, nach §. 7—10. I. 10. gar keine **vindicatio** denkbar sein.

4) verordnet der §. 54. I. 15. A. L. R.

„Der Eigenthümer verliert sein Recht auf eine unbewegliche Sache, wenn er nach gesetzmäßig ergangener Ediktalcitation, dasselbe nicht gehörig angemeldet und nachweiset.

Wäre nun aber der §. 9—10. I. 10. wörtlich zu verstehen; so würde ja das Eigenthum einer unbeweglichen Sache schon dann verloren gehen, wenn ein Anderer dem Glauben des Hypothekenbuches folgend es erwirbt.

Nach Allem diesem kann es wohl nicht ferner zweifelhaft sein, daß der eingetragene Besitzer, welcher nicht Eigenthümer ist, auch auf Andere kein Eigenthum übertragen

kann. Was aber von der Uebertragung des Eigenthums gilt, muß auch nothwendig von der Konstituirung anderer dinglichen Rechte gelten, und auch diese können nicht, als rechtsbeständig erachtet werden, wenn sie von einem solchen eingetragenen Besitzer bestellt worden sind. Nur die von einem solchen eingetragenen Besitzer kontrahirten und eingetragenen Schulden könne keine Anfechtung erleiden und müssen anerkannt werden. Dieses hat aber auch seinen guten Grund darin, daß der eingetragene Gläubiger, als redlicher Besitzer Entschädigung zu fordern berechtigt ist, welche nach der Natur der Sache nicht geringer, als die eingetragene Schuld selbst sein kann. Daher verordnet auch der §. 410. I. 20.:

„Jede auf Grund eines an sich rechtsgültigen Titels gegen den eingetragenen Besitzer erfolgte Hypothekenbestellung, behält ihre Kraft, wenn sich gleich in der Folge findet, daß dieser Besitzer nicht wahrer Eigenthümer gewesen.“ (Tit. 10. §. 7 — 10.)

Aber gerade aus dieser speziellen Vorschrift, bei welcher die §§. 7 — 10., als Belag allegirt sind, würde sich gewissermaßen ergeben, daß diese §§. nur von Hypotheken-Schulden handeln, daß dagegen andere, von dem eingetragenen Besitzer konstituirten Rechte allerdings angefochten werden können, und dem Adquirenten, falls er im redlichen Besitze sich befunden, nur einen Anspruch auf Entschädigung geben. Zur Gewißheit wird aber diese Ansicht, wenn man die beim Lehne hierüber gegebnen Vorschriften vergleicht. Ganz wie die §§. 7 — 10. I. 10. bestimmen auch die §§. 84. u. 85. I. 18.

„Sollen unbewegliche Güter unter Privatpersonen, als neue Lehne verliehen werden, so ist die gerichtliche Abschließung des Vertrages, und die Vermerkung der Lehnseigenschaft im Hypothekenbuche nothwendig. Ist dieser Vermerk unterblieben, so kann aus der Lehns-Eigenschaft der Sache einem Dritten

welcher dem Glauben des Hypothekenbuches gefolgt ist, kein Nachtheil."

Hienach müßte man ebenso wie nach den §§. 7—10. I. 10. glauben, daß wenn die Lehns-Eigenschaft nicht vermerkt ist, der Erwerber, welcher dem Glauben des Hypothekenbuches folgt, freies Allodium erwirbt; dennoch verordnet der §. 665. I. 18. wie bereits oben gezeigt worden ist, daß die Lehns-Interessenten innerhalb der Verjährungs-Zeit das Grundstück vindiziren können, und so würden die §§. 74 u. 75. I. 18. ganz bedeutungs- und anwendungslos da stehen. Beschränken wir dagegen diese Vorschriften lediglich auf kontrahirte Schulden, so finden wir sie in den §§. 259. 260. I. 18. vollkommen angewendet. Denn hinsichts der Schulden wird hier verordnet:

„Alle nachtheilige Folgen des Mangels der lehnsherrlichen Einwilligung oder Zuziehung treffen jedoch bei Lehnsgütern, einen Dritten der mit dem Besitzer in Verhandlung sich eingelassen hat, nur alsdann, wenn die Lehnseigenschaft des Grundstücks im Hypothekenbuche vermerkt ist.

Wer aber dem Glauben des Hypothekenbuches, nach gehöriger Prüfung der darin eingetragenen oder allegirten Urkunden, redlicher Weise gefolgt ist, zu dessen Nachtheile kann der Lehnsherr von seinem nicht eingetragenen Rechte keinen Gebrauch machen."

Diese Vorschriften stimmen also in eben dem Grade mit dem Inhalte der §§. 74. 75. überein, wie die der Eigenthums-Uebertragung ihnen entgegenstehen, und so kann man wohl nicht umhin diese §§. als lediglich in Beziehung auf Schulden gegeben zu erachten. Ist dieses aber richtig, so wird man es auch nicht weiter gewagt finden, die §§. 7—10. I. 10. eben so beschränkt zu interpretiren, da die §§. 74. 75. I. 18. nicht minder allgemein gefaßt sind, als diese.

XXIII. Der Besitz ist die ausschließliche Quelle der dinglichen Rechte.

In keiner Lehre ist das A. L. R. dem gemeinen Rechte schroffer entgegengetreten, als in der, der dinglichen Rechte. Es ist aber auch keine Lehre im ganzen Gebiethe der römischen Rechts-Wissenschaft gebrechlicher, als gerade diese, und doch bildet sie die Grundfesten des ganzen Rechts-Systems. Am schärfsten aber tritt der Gegensatz beider Rechte bei der Entstehung der dinglichen Rechte hervor. Im R. R. haben die verschiedenen dinglichen Rechte durchaus keinen gemeinschaftlichen Ausgangs-Punkt. Ein eigenthümliches Merkmal fehlt ihnen ganz, und es wäre ein vergebliches Bemühen, sie auf einen gemeinsamen Ursprung zurück zu führen. Nur in der ältesten Zeit zeigt sich eine Art eines gemeinsamen Bandes unter Ihnen. Es ist dieses die feierliche Form der Bestellung, die mancipatio, die in jure cessio, welche diesen Rechten eigen ist. Mit dem Verschwinden dieser Formen aber hört auch jede Auszeichnung auf, denn ein innerer Vorzug, eine wesentliche Verschiedenheit haben diese Rechte nicht aufzuweisen, und so erscheinen sie uns gegenwärtig, als willkührlich privilegirte. Sie bilden gewissermaßen die Patrizier der Rechte, und frägt man nach ihrem Ursprunge, so wird man auf die Formen des grauen Alterthums verwiesen. Das alte Kasten-Wesen der Römer scheint auch die Sachen und Rechte durchdrungen zu haben, und wie die Plebejer den Patriziern gegenüber, finden wir auch die persönlichen Rechte den dinglichen, die res nec mancipi den res mancipi untergeordnet u. s. w. Eine solche Art lebloser Aristokratie von Sachen und Rechten, begreift freilich der Verstand, welcher pleblejischer und lebendiger Natur ist, nicht, und daher konnte auch dieses römische Wesen in dem verständigen preußischem Rechte keine Aufnahme finden. Zwar bildet auch hier die Eintheilung der Rechte in dingliche und persönliche die Basis des

ganzen Rechtes, aber die Eintheilung hat eine sichere und sachgemäße Grundlage. Der Besitz ist es, welcher hier die Scheide-Linie zwischen den persönlichen und dinglichen Rechten bildet.

Diese Idee ist zwar nicht ganz neu, und findet bei der Lehre des Eigenthums, zum Theile sich schon im römischen Rechte, indem auch hier der bloße Vertrag nur einen Titel zum Eigenthume, die Dinglichkeit desselben aber erst mit der Einräumung des Besitzes entsteht. Dieser Grundsatz ist jedoch im R. R. selbst beim Eigenthume sehr bestritten worden, und fand bei den dinglichen Rechten vollends keine Anwendung. Mehrere dinglichen Rechte z. B. die Hypotheken und Servituten entstehen durch bloßes pactum, ohne alle Besitzeinräumung, während anderer Seits Pacht und Miethe durch den Besitz nicht dinglich werden. Demnach ist der Besitz im R. R. weder nothwendig noch hinreichend zur Begründung eines dinglichen Rechtes. Gerade umgekehrt wird aber im preußischen Rechte durch Besitz jedes Recht zum dinglichen, während ohne Besitz kein Recht dinglich sein kann; so daß der im R. R. beim Eigenthume ausgesprochener Grundsatz, generalisirt und auf alle Rechte consequent ausgedehnt worden ist. Wie der Kauf-Vertrag erzeugt auch der Pacht- und Mieths-Vertrag einen Titel, der durch das Hinzutreten des Besitzes, das Recht zum dinglichen macht. Je eigenthümlicher und wichtiger aber diese Gestaltung der dinglichen Rechte, durch das einfache Kriterium des Besitzes, für das preußische Recht ist, desto mehr muß man sich aber auch bestreben, dasselbe rein zu erhalten, und jeden Beisatz gemeinrechtlicher Doktrin sorgfältigst vermeiden. Das Gegentheil geschieht aber, wenn man die gesetzlichen Vorkaufs-Rechte für dingliche erklärt, und ferner von einem dominium revocabile spricht. Hiedurch gelangen wir wiederum zu einer Dinglichkeit ohne Besitz, und entstellen die ganze landrechtliche Theorie. Wie sehr dieses auch den speziellen landrechtlichen Vorschriften zu-

wider ist, haben wir bereits früher gezeigt*). Noch weit fehlerhafter aber ist es, wenn man

1) die Eintragung ins Hypothekenbuch die Stelle der Besitzergreifung vertreten läßt**);

2) und bei der Erwerbung ipso jure den Besitz ebenfalls ipso jure eintreten laßt.

Was den ersten Punkt betrifft, so ist man dadurch zu dieser falschen Annahme gekommen, daß man nur die eine Seite der dinglichen Rechte, die dingliche Klage vor Augen gehabt. Es ist indeß eine höchst einseitige Auffassung der dinglichen Rechte, wenn man die dingliche Klage als die alleinige Wirkung derselben betrachtet. Schon im R. R. ist die quasi possessio ein nicht minder erheblicher Bestandtheil der Dinglichkeit, und im A. L. R. ist ihre Wirksamkeit noch eine weit vielseitigere. Nur, wenn man das dingliche Klagerecht, als das einzige Resultat der Dinglichkeit betrachtet, kann man sich verleiten lassen, den Besitz mit der Eintragung auf gleiche Linie zu stellen. In dieser Beziehung hat allerdings die Eintragung scheinbar gleiche Wirkung mit der Einräumung des Besitzes, denn das eingetragene Recht kann ebenfalls gegen jeden Dritten geltend gemacht werden. Dieß allein ist auch nur der Sinn des §. 4. I. 21., auf welchen man sich berufen zu können glaubte. Nachdem nämlich §. 3. ibid. verordnet worden, daß die aus Besitz entstandene dingliche Verpflichtung jeden Dritten verbinde, fährt der §. 4. dann hierauf fort:

„Bei Grundstücken nnd Gerechtigkeiten hat die Eintragung des Rechtes in das Hypothekenbuch die Wirkung des körperlichen Besitzes der Sache, was offenbar nicht mehr sagen will, als daß gegen Dritte die Eintragung die Wirkung des Besitzes vertritt.“

Wollte man diese Gesetzes-Stelle in ihrer weitesten Be-

---

*) Meine Civil. Vers. No. 16. u. 26.

**) v. Rönne Bd. I. S. 36.

deutung nehmen, und die Eintragung mit dem Besitze als gleich wirkend betrachten, so müßte man auch alle übrigen possessorischen Rechte an die Eintragung knüpfen, woran die Redaktoren des A. L. R. gewiß nicht gedacht haben. Man müßte dann jedem Eingetragenen das **possessorium** zugestehen, was aber gegen den § 1. I. 31. A. G. O. wäre. Man müßte ferner jedem Eingetragenen das **jus usucapiendi** beilegen, und so würden wir gegen die Vorschriften §. 579. u. f. I. 9. eine erwerbende Verjährung ohne Besitz haben. Endlich müßte man auch beim Eigenthume mit der Eintragung **periculum** und **commodum** auf den Erwerber übergehen lassen, was aber gegen die §§. 125. 149. I. 11. sein würde. Wenn nun aber alle diese possessorischen Rechte keine Folge der Eintragung sein können, so kann auch dieselbe nur hinsichts der Dinglichkeit der Klage die Besitz-Einräumung vertreten. Aber selbst dieses ist in Wahrheit nicht begründet. Die durch Besitz erzeugte Dinglichkeit hört mit dem Verluste des Besitzes nicht auf, sie tritt vielmehr dann erst recht ins Leben; dagegen fällt die Wirkung der Hypothekarischen Rechte stets mit der erfolgten Löschung fort. Es beschränkt sich mithin die ganze Wirksamkeit der hypothekarischen Rechte lediglich darauf, daß sie gegen jeden Dritten Besitzer geltend gemacht werden können. Dieses hat aber seinen Grund lediglich darin, daß Jeder bei der Erwerbung eines Grundstückes oder Gerechtigkeit berechtigt und verpflichtet ist, das Hypothekenbuch nachzusehen, und deshalb auch mit der Unkenntniß der darin eingetragenen Rechte sich nicht entschuldigen kann. Er ist hinsichts solcher Rechte jeder Zeit, als unredlicher Besitzer zu erachten, da auch die **culpa** bei uns **mala fides** erzeugt.

Gegen einen dritten unredlichen Besitzer kann aber, auch der blos persönlich Berechtigte, sein Recht geltend machen, und so folgt hieraus mindestens nichts für die dingliche Natur der hypothekarischen Rechte. Demnach kann durchaus die Eintragung, als eine Quelle dinglicher Rechte

erachtet werden, und kommt sie, als solche auch im A. L. R. nicht vor. Der §. 136. I. 2. verordnet ausdrücklich:

„Rechte, welche mit dem Besitz der Sache, die ihren Gegenstand ausmacht, nicht verbunden sind, haben die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes nur alsdann, wenn ihnen dieselbe durch ein besonderes Gesetz beigelegt ist." (§. 8. Tit. 20.)

Hienach würde es einer **lex specialis** bedürfen, wenn ohne Besitz ein dingliches Recht entstehen sollte. Eine solche findet sich nun hinsichts der Eintragung freilich mehrfach in den Gesetzen, z. B. hinsichts hypothekarischer Forderungen, hinsichts der Vorkaufsrechte u. s. w., aber immer ist es nur die eine Eigenschaft des dinglichen Rechtes, die dingliche Klage, welche durch die Eintragung sich kund giebt, keinesweges aber läßt sich dieses rücksichts der übrigen Eigenschaften der Dinglichkeit sagen.

Gehen wir nun zu den zweiten Punkt über, zu den Erwerbungs-Arten **ipso jure**, so ist es ebenfalls diese eine Seite der Dinglichkeit, die dingliche Klage, welche durch die Erwerbung **ipso jure** entsteht, während die eigentliche **jura possessionis**, noch immer erst eine Besitzergreifung voraussetzen. Es kann daher der Legatar, da er das Eigenthum **ipso jure** erwirbt, zwar das Legat von jedem Dritten vindiziren §. 288. 314. I. 12. A. L. R. dagegen stehen die possessorischen Rechte ihm durchaus nicht zu, und er kann daher sich nicht einmal eigenmächtig in den Besitz setzen, und muß derselbe ihm erst vom Erben eingeräumt werden. §. 311. I. 12. Dasselbe gilt auch von der **adjudicatio**. Auch hier geht das Eigenthum **ipso jure** über, §. 342. aber zur Begründung der **jura possessionis** muß ebenfalls erst die Besitzeinräumung hinzukommen. §. 4. I. 10. A. L. R. Nur **universitates juris**, Erbschaften, machen eine Ausnahme, bei welchen allerdings mit dem Eigenthume zugleich der Besitz **ipso jure** auf den Berechtigten übergeht. §. 370. I. 9. §. 49. I. 7.

Zwar sind die Rechtslehrer auch hierüber sehr getheil-

ter Meinung, und haben verschiedene nicht unerhebliche Zweifels-Gründe hiegegen erhoben. Ich glaube jedoch sowohl der Anführung, als Widerlegung derselben mich enthalten zu müssen, da das bisher Vorgetragene aus den Materialien aufs Klarste sich ergiebt, wie Folgendes zeigen dürfte.

Im Entwurfe *) fand sich die Vorschrift:

„Ohne Besitzergreifung kann keine Art des Besitzes erlangt werden.“

Hierauf ist monirt worden:

„Bei **legatis speciei in rebus per adjudicationem acquisitis** und in mehreren Fällen leidet die Regel dieses Paragraphen eine Ausnahme, und es dürfte noch der Zusatz nöthig sein:

wenn durch Gesetze oder Verträge nicht das Gegentheil festgesetzt ist.“

Gosler erwiederte hierauf:

„Diese und mehrere Spitzfindigkeiten des römischen Rechtes verdienen keine Aufnahme in das neue Gesetzbuch.

Nur **successores universalis** bedürfen keiner besonderen Besitzergreifung, weil es bei ihnen blos auf die Fortsetzung eines bereits erworbenen Besitzes ankommt.“

Demgemäß wurden in dem umgearbeiteten Entwurf **) die gegenwärtigen §§. 48. u. 49. I. 7. des A. L. R. aufgenommen, welche dahin lauten:

„Ohne Besitzergreifung kann keine Art des Besitzes erlangt werden.

Wer jedoch einem Anderen in einem Inbegriffe von Sachen und Rechten nachfolgt, der bedarf keiner Besitzergreifung in Ansehung der einzelnen, unter dem Inbegriffe enthaltenen, Sachen und Rechte.“

Es wird mithin jetzt wohl nicht mehr zu bezweifeln

---

*) Simon u. v. Strampfs Z. S. Bd. III. S. 232.

**) l. c. S. 357.

sein, daß bei einer Erbschaft der Besitz **ipso jure** erworben wird, aber auch eben so wenig wird es ferner in Frage gestellt werden können, daß in allen übrigen Fällen die **jura possessionis** nur mit dem Besitze entstehen können. Wird aber dieser Satz, als richtig zugegeben, so muß man auch ferner zugeben, daß der Besitz die ausschließliche Quelle der dinglichen Rechte sei, wenn man nicht etwa die Wirksamkeit der dinglichen Rechte mit Ausschluß aller possessorischen Rechte, auf die Begründung der dinglichen Klage beschränken wollte.

XXIV. Kann über Muthmaßungen ein Eid zugeschoben werden?

Obschon nicht leicht irgend ein Rechtssatz sich mehr aus der Natur der Sache ergiebt, als der Satz, daß nur Thatsachen und nicht Muthmaßungen Gegenstand des Beweises sein können; so wird dennoch häufiger als gegen jede andere Rechtsregel dagegen gefehlt, und wir sehen täglich auf bloße Vermuthungen hin **in foro** über **mala fides**, **simulatio** u. s. w. Eide deferiren und abnehmen. Auch ist es nicht die ohne Kompaß auf dem großen Meere der Prozesse hin und her wogende Praxis blos, welcher dieser Vorwurf gemacht werden kann, selbst in der Theorie hat dieß Verfahren seine Vertheidiger gefunden, die freilich nur Apologieen ohne Beläge und Gründe an Tag gefördert. Allerdings läßt man die Eideszuschiebung nur immer dann zu, wenn der Gegner die **mala fides** oder **simulatio** behauptet; allein auf die vom Gegner gebrauchten Ausdrücke sollte es doch wohl nicht ankommen. Nicht darauf, daß der Gegner etwas behauptet, sondern darauf, ob er nach der Natur der Sache etwas behaupten kann, sollte der Richter sein Augenmerk richten. Ein falscher Sprachgebrauch, eine Vertauschung des Indikativs mit dem Konjunktiv, sollte doch auf die Entscheidung eines Prozesses keinen Einfluß haben. Glücklicher Weise hat eine gediegenere Praxis jenen

Vorwurf von sich gewiesen, und das Obertribunal hat noch neuerdings *) die Verwerflichkeit jenes Verfahrens mit der ihm eigenthümlichen Schärfe nachgewiesen. Da dieses jedoch lediglich auf Grund des zu allgemein und unbestimmt gefaßten §. 252. I. 10. A. G. O. und ganz unbedingt geschehen ist; so dürfte es nicht unnütz sein, durch andere Stellen diesen Gegenstand näher zu beleuchten. Ich zähle dahin den §. 595. I. 20. A. L. R. und §. 38. I. 50. A. G. O.

In ersterer Stelle heißt es:

„Aeußert sich ein scheinbarer Verdacht, daß der Berechtigte den Verkauf blos unter seinem Namen zu Gunsten eines andern Unaerechtigten ausüben wolle: so steht es dem Käufer frei, auf richterliche Untersuchung und Entscheidung darüber anzutragen und zum Beweise einer solchen Simulation auch der Eideszuschiebung sich zu bedienen."

Wir ersehen also hieraus, daß allerdings bisweilen über vermuthete Simulation eine Eideszuschiebung zulässig sei; jedoch nur, wenn nach der richterlichen Ueberzeugung ein gegründeter Verdacht vorhanden ist. Ganz mit diesem übereinstimmend heißt es in der zweiten Stelle rücksichts der mala fides:

„Ein gleiches findet statt, wenn die Zahlung zwar nach schon bekannt gemachten offenem Arreste geleistet worden ist, der zahlende Schuldner aber nicht überführt werden kann, daß ihm damals die erfolgte Konkurseröffnung bekannt gewesen sei. Doch steht in diesem Falle den Gläubigern der Masse frei, von dem Zahler die eidliche Bestärkung, daß ihm die erfolgte Konkurseröffnung zur Zeit der Zahlung noch nicht bekannt gewesen sei, zu fordern."

Also nur in diesem Falle, wenn nach ergangenem offenen Arrest Zahlung geleistet worden ist, und mithin ein

*) Simon u. v. Strampfs Rechtssp. Bd. III. No. 22. S. 242.

gegründeter Verdacht, daß der Zahler damit bekannt war, vorliegt, ist eine Eideszuschiebung statthaft. Beide Stellen geben demnach das Resultat, daß im Allgemeinen über Muthmaßungen keine Eide deferirt werden können, wohl aber, wenn sie von erheblichen Verdachts-Gründen unterstützt werden. Mit dieser Modifikation ist also auch der §. 252. I. 10. A. G. O. zur Anwendung zu bringen.

XXIV. Von den Interventions-Klagen der Ehefrauen wegen eingebrachter Mobilien.

Intervention, so heißt der Talisman, mit welchen Ehefrauen ihre von Gläubigern hart gedrängten Ehemänner so unendlich oft befreien.

Ist es nach Ablauf vieler Jahre einem Gläubiger mit vielem Kosten-Aufwande endlich gelungen, die Vollstreckung der Exekution zu bewirken, da erscheint die Ehefrau des Schuldners, erklärt, das in Beschlag genommene Vermögen sei ihr Eingebrachtes, und der strengste Exekutor weicht zurück von diesen Zauberworten des Weibes. Die mühsamsten Resultate der Gerichte, die angestrengtesten Bemühungen der Gläubiger zerrinnen in ein Nichts, und die Ehefrau wird Herrin des Vermögens. Zwar kann der Gläubiger diesen Einspruch bestreiten, von Neuem klagbar werden, und nochmals die Instanzen-Leiter durchklimmen, aber wehe ihm, wenn er es versucht; nur selten werden die Gerichte ihm helfen können. Erneuter Verdruß und vermehrte Kosten erwarten in der Regel ihm an Ende des Zieles. Bedenkt man nun, daß sehr oft Frauen das ihrem Manne gehörige Vermögen, unter dem Vorwande des Eingebrachten, den gerechten Ansprüchen der Gläubiger entziehen, so muß man gewiß sehnlichst wünschen, daß unsere rege Gesetzgebung, die so unendlich bemüht ist, Mißbräuche zu verhindern, durch ein klares Gesetz die Gerichte in Stand setzen möge, diesem Mißbrauche böswilliger Schuldner zu steuern.

Es ist dieses um so wünschenswerther, als schon die bestehenden Gesetze die Abweisung dergleichen Interventionen vollkommen rechtfertigen, und nur durch die zweifelhafte Fassung derselben ein vieljähriger, entgegen gesetzter Gebrauch bei den meisten Gerichten sich gebildet hat.

Man vergleiche nur folgende Stellen, und man wird das Gesagte bestätigt finden:

1) den §. 257. II. 1. A. L. R., welcher verordnet:

„Ueber die eingebrachten Mobilien hat der Mann freie Verfügung."

Da nun nach §. 1. I. 8. die freie Verfügung über eine Sache nur dem Eigenthümer zusteht, so muß man schon aus diesem Grunde, bei nicht vorgefaßter Meinung, dem Ehemanne, rücksichts der Mobilien, ein revocabiles Eigenthum zugestehen, und den §. 231. II. 1., welcher dem Manne an dem Eingebrachten der Frau blos den Nießbrauch einräumt, lediglich auf Grundstücke und Kapitalien beziehen. Denn daß unter der freien Verfügung auch die Veräußerung mit begriffen ist, ergeben schon die folgenden §§. 348. u. 349., nach welchen nur die Veräußerung der vorbehaltenen Mobilien von der Frau angefochten werden kann, wie auch §. 561. II. 1., nach welchem die Frau bei Trennung der Ehe, wegen der veräußerten Mobilien nur Schadloshaltung verlangen kann, keinesweges aber die Veräußerung selbst anfechten. Einem bloßen Nießbraucher steht aber niemals eine Veräußerungs-Befugniß zu, und es muß mithin der Ehemann ein weit größeres Recht, und zwar das des Eigenthümers haben.

2) verordnet der §. 77. I. 24., rücksichts der Intervention bei der Exekution:

„Insonderheit ist, wenn die Frau des Schuldners gepfändeten Sachen, als ihr Eigenthum in Anspruch nimmt, auf die Vorschriften des A. L. R. II. 1. §§. 206. 208. 213. 314 — 317 gehörig Rücksicht zu nehmen."

Da nun diese angeführten Stellen sämmtlich vom vor-

behaltenen Vermögen handeln, so kann es gar nicht zweifelhaft sein, daß wegen eingebrachter Mobilien keine Intervention zulässig sei; wie auch Grävel in seinem Kommentar zur A. G. O., bei diesem Paragraphen dieß ganz unzweifelhaft ausspricht.

3) steht der Frau nach den §§. 19—22. II. I. A. G. O. gar keine **persona standi in judicio**, rücksichts der eingebrachten Mobilien, zu, und der Mann allein hat die Befugniß, die gerichtliche Verhandlung darüber zu betreiben, während sie bei dem übrigen Eingebrachten, wenn der Mann ihr ohne Grund den Beitritt verweigert, selbst klagend auftreten kann. Wie sollte sie nun als Intervenientinn auftreten können, wenn rücksichts solcher Gegenstände ihr der Zutritt vor Gericht gar nicht gestattet ist.

4) wird §. 8. I. 15. der Ehefrau nur eine **vindicatio** wegen eingebrachter Grundstücke und vorbehaltener Mobilien gestattet, und mithin eingebrachte Mobilien ausgeschlossen. Nun ist aber die Intervention der Ehefrauen weiter nichts, als ein **vindicatio**, und sie müssen daher mit derselben ausgeschlossen werden.

5) wird §. 156. Art. zur A. G. O., rücksichts der Frauen der Civilbeamten verordnet, daß ihnen, bei einer Exekution gegen ihren Ehemann, nothdürftige Wäsche, Kleider und Betten gelassen werden sollen; da nun dergleichen Gegenstände, nach §. 314. 199. II. 1. u. §. 315. I. 50. A. G. O., das Eigenthum der Frau werden, wenn sie ihr auch vom Manne gegeben sind, so wäre diese Bestimmung ganz überflüssig, wenn überhaupt alle eigenthümlichen Mobilien der Frauen, bei der Auspfändung ihrer Ehemänner, ausgeschlossen blieben.

Wenn nun aber nach dem, was bisher dargethan worden ist, der Frau, wegen ihrer eingebrachten Mobilien, weder das Recht zu vindiziren, noch überhaupt vor Gericht aufzutreten, bewilligt wird, dem Manne dagegen das volle

Verfügungsrecht, sowohl die Befugniß, einseitig zu veräußern, als beliebig darüber gerichtlich zu verhandeln, überhaupt alle Rechte eines Eigenthümers beigelegt werden. Wie wollte man im Wege der Exekution die Frau in vollen Genuß ihres Eigenthums versetzen, und sie zur Intervention verstatten, was die Gesetze **ausdrücklich** nur für das vorbehaltene Vermögen aussprechen.

Zwar ist es im Konkurse §. 312. I. 12. A. G. O. der Frau wegen ihrer eingebrachten Mobilien, eine **vindidicatio** gegeben, allein die Vorschriften des Konkurses sind rein singulär, und können niemals auf die Exekution ausgedehnt werden. Wollte man dieß, so müßte man der ganzen ersten Klasse des Konkurses ein Interventions-Recht zugestehen, was aber schon deshalb unmöglich ist, da nach §. 75. I. 23. A. G. O., nur Eigenthümer zur Intervention verstattet werden, während zu den Vindikanten des Konkurses Viele gehören, welche kein Eigenthums-Recht haben. Z. B. I. 50. §§. 305., 342., 357., 359. u. a. m.

Aber auch zugegeben, daß das im Konkurse §. 312. der Ehefrau zugestandene **jus vindicandi** auch auf die Exekution auszudehnen sei, so sollte man doch mindestens die daselbst vorgeschriebenen Grenzen nicht übersteigen. Dieser §. zählt nämlich zu den Vindikanten:

> „Die Ehefrau des Gemeinschuldners, in Ansehung der **bei der Verheirathung** zu dem Manne **gebrachten**. oder während der Ehe ererbten, oder von Anderen, als dem Ehemanne, zum Geschenk erhaltenen, und zur Zeit der Konkurs-Eröffnung noch **in natura** vorhandenen Effekten.“

Es kann demnach die Frau, alle auf andere Art erworbene Sachen, selbst wenn sie mit dem eingebrachten Vermögen erworben wären, nicht vindiziren; sondern, wie der §. 319. l. c. es auch ausdrücklich bestimmt, nur den Werth des eingebrachten liquidiren. Bei der Intervention ist es aber eine ganz gewöhnliche Erscheinung, daß die Frau alle Sachen in Anspruch nimmt, welche sie mit ihrem

Eingebrachten erworben hat. Und so wird in der Exekution, der Frau noch ein weit größeres Recht zugestanden, als ihr im Konkurse beigelegt ist. Diesem Verfahren läßt sich überdies noch der Vorwurf machen, daß es auch mit den Vorschriften des A. L. R. nicht zu vereinigen ist. Da nach §. 211. II. 1. Alles, was die Frau während der Ehe erwirbt, dem Mann erworben wird, und nach §. 240. l. c. die Frau wegen des verwendeten, eingebrachten Vermögens nur als Gläubigerin des Mannes betrachten werden soll.

Zwar ist letzteres nur von Grundstücken und Kapitalien gesagt; aber offenbar nur deshalb, weil die, während der Ehe erworbenen Mobilien, wenn sie auch zum Eingebrachten gezählt werden sollten, dennoch immer als Eigenthum des Mannes betrachtet werden müßten. Sonst würde schwerlich unsere Gesetzgebung es verabsäumt haben, eine Vorschrift zu geben, wie es mit dergleichen angeschaften Mobilien zu halten sei. Mehr aber noch, als aus dem bisher Gesagten, ergiebt sich die Unzulässigkeit der Interventions-Ansprüche der Ehefrauen, wenn sie nicht das vorbehaltene Vermögen betreffen, aus den Materialien des A. L. R.

Suarez äußert sich ausdrücklich in der revisio monitorum auf die aufgeworfene Frage:

> „ob auch Exekutoren in die inferirten Meubles, wegen der Schulden des Mannes stattfindet, oder ob die Frau solche vindiziren können?"
>
> „M. V. muß man ersteres annehmen, weil man sich sonst in intrikable Weitläuftigkeiten und Prozesse verwickelt. Wird es der Frau zu bunt, so kann sie ja auf Separation ihres Vermögens antragen *)."

Es kann mithin nach dem A. L. R. die Verwerflichkeit der gewöhnlichen Interventions-Klagen der Ehefrauen, welche die von Suarez befürchteten Weitläuftigkeiten leider nur allzusehr rechtfertigen, keinem Zweifel unterliegen. Zwei-

---

*) Vergl. den trefflichen Aufsatz des K. G. R. Wünsch, in Simon und v. Strampfs Zeitschrift, Bd. 2. Heft. I. S. 110.

felhaft könnte es nur sein, ob in denjenigen Provinzen, wo die ersten 3 Titel der zweiten Theile des A. L. R. zu den suspendirten gehören, und das gemeine Recht bei den Vermögens-Verhältnissen der Eheleute zur Anwendung kommt (Rescr. v. 11. März 1781. Hymen Bd. 6. S. 29—33.), ein Aehnliches zu behaupten wäre. Da indeß nach gemeinem Rechte, dem Manne selbst, rücksichts der nicht ästimirten Mobilien, sogar ein dominium zugesprochen wird *), so muß eine Intervention der Ehefrau in der Exekution ausgeschlossen werden. In der That ist auch in diesem Rechte, wie in unserer Gesetzgebung, dem Manne ausschließlich das jus alienandi und vindicandi beigelegt, und der Frau nur im Falle eines Konkurses die vindicatio ertheilt **).

Wenn nun aber de lege lata, so viel gegen und nichts für die Intervention sich sagen läßt, so ist dieß de lege ferenda noch weit mehr der Fall. Warum solche erstaunliche Begünstigung der Ehefrauen, welche doch die Vortheile der vom Ehemanne gemachten Schulden mit verzehren geholfen, und oft sie allein zu durchbringen pflegen? Weshalb solche Begünstigung, selbst dann, wenn auch die Frau nicht im Entferntesten die Schulden mit veranlaßt, oder deren Vortheile theilhaftig geworden. Es mag hart sein, daß eine Frau, durch Verschulden ihres Ehemannes, ihres Vermögens verlustig gehen sollte; aber die Härte fällt lediglich auf den Gatten zurück, den Mann ihrer Wahl. Sie hat durch die Ehe sich entschlossen, das Schicksal ihres Mannes zu theilen, dem sie sich vor Allen anzuvertrauen gut befunden. Sie theilt dasselbe auch wirklich in jeder andern Beziehung, warum nicht auch rücksichts des Vermögens?

Mag sie ihre getroffene Wahl beklagen, aber nicht das sich selbst verwirkte Unglück auf die Schultern unschuldiger Gläubiger wälzen. Die Gesetze haben hinlänglich für sie gesorgt, indem sie ihr gestatten, bei Eingehung der Ehe ihr

---

*) Mühlenbruch Bd. II. §. 264.

**) Mühlenbruch l. c.

Vermögen sich ausdrücklich vorzubehalten; warum ihr gestatten, wenn sie diese Vorsicht verschmäht, auf Kosten der Gläubiger, mit dem einzigen Worte „Intervention" ihre Nachlässigkeit wieder gut zu machen. Bedenkt man nun noch, daß sie in der Regel nicht ihr eigenes Vermögen, sondern, unter dem Vorwande des Eingebrachten, das Vermögen des Mannes den Gläubigern entzieht, so giebt es gewiß keine dringendere Pflicht, als diesem Unfuge durch gesetzgebrische Mittel baldigst zu steuern, und die Quelle so unendlich vieler Prozesse zu verstopfen.

Es giebt kein Gesetz in der Welt, was den Interventions-Klagen der Ehefrauen in dem Umfange gestattet, wie sie bei uns ausgeübt werden. Daß das römische Recht sie nicht zuläßt, ist bereits nachgewiesen. Nach deutschem Rechte haftet, bei obwaltender Gütergemeinschaft, das Vermögen der Frau unbedingt für die Schulden des Mannes; aber selbst bei getrenntem Vermögen können Mobilien, und sogar Grundstücke der Frau veräußert werden, um den Mann von der Insolvenz zu befreien *).

In Frankreich haftet das Vermögen der Frauen unbedingt für die Schulden des Mannes, wenn sie sich dasselbe bei Eingehung der Ehe nicht vorbehalten hat.

Code civil Art. 1401 — 1421.

Selbst im österreichischen Gesetzbuche werden mindestens die als Heirathsgut eingebrachten Kapitalien, baare Gelder und verbrauchbare Sachen E i g e n t h u m des Mannes, §. 1227. Warum soll nun bei uns, die wir in der Gesetzgebung anderen Ländern stets vorangingen und noch vorangehen, alles und jedes Vermögen der Frau, so wie die mit demselben neu angeschafften Vermögens-Stücke den Gläubigern des Mannes entzogen werden, und hierdurch zu unendlichen Betrügereien Anlaß geben? Hoffentlich wird unsere thätige Gesetzgebung auch diesem Uebel bald Schranken setzen.

---

*) Eichhorn's Privatrecht §. 296. Nota f. desselben Rechts-Geschichte §. 369.

XXVIII. Von der Obligatio naturalis des A. L. R.

Bekanntlich theilten die Römer das Recht in jus civile und jus gentium ein, wobei das erstere das Gesetz, das letztere aber die Willkühr zur Basis hatte. Es konnte indeß den Römern nicht unbekannt sein, daß eine Billigkeit die keinen anderen Maaßstab, als sich selbst hat, leicht in das Gebiet der Willkühr geräth, und daher beurtheilten sie auch nur die willkührlich behandelten peregrini nach derselben. Für den civis waren dagegen nur die feststehenden Gesetze bindend, und die Billigkeit kam nur in so fern in Betracht, als sie gesetzlich anerkannt gewesen. Diese Anerkennung geschah jedoch in der Regel nur mangelhaft, blos negativ. Das einzige Mittel ihrer Geltendmachung war die exceptio, und nur ausnahmsweise wurde eine Klage ertheilt. Die Quelle dieser obligationes naturales war aber eine vierfache. Dieselben entstanden:

1) durch mangelhafte Willens-Erklärungen, wenn es bei den übernommenen Verbindlichkeiten an den gesetzlichen Erfordernissen fehlte, namentlich an der gesetzmäßigen Form, oder der Dispositions-Fähigkeit des Verpflichteten u. s. w. Aus dem ersten Grunde waren alle pacta nuda, und wegen der letzteren, Darlehne der filii familias und alle Verbindlichkeiten der Minderjährigen und Sklaven obligationes naturales fr. 13. pr. fr. 40. pr. fr. 67. §. 4. Lib. 12. 6. D.
2) Wenn eine Verpflichtung ausdrücklich zwar nicht übernommen worden, der Fall aber der Art war, daß man mit dem Schaden des Anderen sich bereichern würde; so daß die Verbindlichkeit in der Sache selbst liegt. fr. 13. §. 1. Lib. 12. 6. D.

Ganz bestimmt drückt sich Pomponius hierüber aus; indem er sagt:

nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. fr. 14. L. 12. Tit. 6. D.

Diese Art natürlicher Verbindlichkeit kam namentlich bei den impensis und der in rem versio vor, indem hier nur ausnahmsweise eine Klage ertheilt worden ist.

3) Wenn zwar eine Verbindlichkeit weder durch die Natur der Sache begründet, noch ausdrücklich übernommen worden, aber doch billiger Weise hätte übernommen werden sollen. Hierhin gehören die sogenannten Liebes-Pflichten, wie die Alimentirung und Dotirung naher Verwandte, desgleichen deren Beerdigung, die Verpflichtung Darlehne zu verzinsen, wenn auch keine Zinsen vorbedungen worden wären. fr. 32. Lib. 12. Tit. 6. D. desgleichen die Verbindlichkeit des Vaters die Schulden des Sohnes zu bezahlen.

Ein bestimmtes Kriterium läßt sich jedoch für diese Liebes-Pflichten nicht angeben, da der Begriff von dem, was billig ist, zu vielen Schwankungen ausgesetzt ist, und so kann nur dann von einer Liebes-Pflicht die Rede sein, wenn das Gesetz sie ausdrücklich, als solche anerkannt hat.

4) Wenn einer vollkommenen obligatio civilis ihre civile Kraft genommen, und dieselbe von den Gesetzen ausnahmsweise für eine naturalis erklärt worden ist.

Alles dieses hat jedoch im gemeinen Rechte eine bedeutende Veränderung erlitten. Die strenge Form ist schon im neueren römischen Rechte aufgehoben worden. Denn durch die L. 10. Lib. 8. Tit. 38. Cod. sind alle pacta für klagbar erklärt worden, und ist hiemit eine Hauptart der obligationes naturales fortgefallen. Ganz besonders aber kam es nach deutschem Rechte ursprünglich auf die Form nicht an. Endlich ist durch die Vorschriften des kanonischen Rechtes c. 6. X. (2. 1.) jede moralische Verbindlichkeit für klagbar erklärt worden, und man konnte nunmehr für das gemeine Recht das Wesen der obligatio naturalis für ab-

geschafft betrachten; so daß zur Zeit der Redaktion des A. L. R. nicht füglich mehr von ihnen die Rede sein konnte. Ganz wider Erwarten finden wir in unserer Gesetzgebung obschon in derselben das **jus civile** mit der Billigkeit fast identifizirt erscheint, die **obligatio naturalis** des R. R. wieder, und zwar unter einer vierfachen Benennung. In der Regel wird sie moralische Verbindlichkeit genannt, bald aber wieder unvollkommene Pflicht und zum Theile auch natürliche, persönliche Verbindlichkeit. Noch öfter kommen aber Verbindlichkeiten vor, denen blos die Klage abgesprochen wird, ohne daß ihre sonstige Wirksamkeit angegeben wäre.

Es frägt sich mithin, was ist die Quelle der landrechtlichen **obligatio naturalis**, und was ist deren Wirksamkeit?

Die erste Frage, die Quelle der **obligatio naturalis** anbelangend, so ist nach meinem Dafürhalten das A. L. R. ganz dem römischen Rechte gefolgt.

Zuvörderst kann wohl nicht in Abrede gestellt werden, daß die fehlende Dispositions-Fähigkeit des Verpflichteten bei uns ebensowohl wie im R. R. eine **obligatio naturalis** erzeugt. Schon die allgemeine Vorschrift des §. 170. I. 16. läßt hieran nicht zweifeln. Dieser lautet nemlich dahin:

> „Was aus einem Geschäfte, das wegen der Unfähigkeit des einen Theiles nach den Gesetzen für ihn unverbindlich war, vor gehobener Unfähigkeit gezahlt worden, das kann so weit, als der Unfähige auch nicht wegen geschehener Verwendung in seinen Nutzen verpflichtet war, zurückgefordert werden."

Nach dem Inhalte dieser Vorschrift würde also die, nach gehobener Unfähigkeit geleistete Zahlung, rechtsbeständig, und die **condictio indebiti** ausgeschlossen bleiben. Wäre nun aber die **obligatio** eines Dispositionsunfähigen eine **obligatio nulla**, so müßte auch die von einem Unfähigen, nach erlangter Fähigkeit geleistete Zahlung, angefochten und zurückgefordert werden können. Nur, wenn man

die eingegangene Verpflichtungen eines Unfähigen, als eine moralische Verbindlichkeit betrachtet, läßt es sich erklären, weshalb nur die vor, und nicht auch nach gehobener Unfähigkeit geleistete Zahlung zurückgefordert werden kann. Im letzten Falle steht alsdann die moralische Verbindlichkeit dem Zahlenden entgegen, während im ersteren die obwaltende Zahlungs-Unfähigkeit die Zahlung ungültig macht, und die **condictio** begründet. Das R. R. geht in dem letzten Falle sogar weiter, und erklärt sogar die Bezahlung gültiger Schulden, so weit sie von einem Unfähigen erfolgt ist, für nicht rechtsbeständig, und gestattet die Rückforderung mit der **condictio sine causa**. Das A. L. R. erkennt indeß dieses nur so weit an, als keine **in rem versio** stattgefunden, was aber bei der Tilgung einer **obligatio naturalis** offenbar nicht der Fall ist. Was aber von der Zahlung eines Unfähigen nach gehobener Unfähigkeit gilt, muß noch weit mehr Anwendung finden, wenn ein sonst dispositions- und zahlungsfähiger eine Verbindlichkeit getilgt hat, die er ausnahmsweise zu übernehmen nicht befähigt gewesen ist. Daher verordnet auch der §. **243. I. 14.** daß die von einer Frauens-Person auf ihre nicht rechtsbeständige Bürgschaft geleistete Zahlung nicht zurückgefordert werden kann. Denn Frauen sind im Allgemeinen dispositions- und zahlungsfähig und nur Bürgschaften zu übernehmen speziell für unbefähigt erklärt, und so steht die moralische Verbindlichkeit der **condictio** entgegen. Hiedurch erlangen wir aber zugleich einen abermaligen Beweis, daß die fehlende Dispositions-Fähigkeit eine **obligatio naturalis** erzeugt.

Noch vielmehr muß aber endlich die, von einem Dritten geleistete Zahlung, die **condictio indebiti** ausschließen und daher bestimmt auch der §. **138. II. 2.**:

> „Was auf die an sich ungültigen Schulden eines Kindes vor oder nach aufgehobener väterlichen Gewalt, wirklich bezahlt worden, kann der Zahlende nicht zurückfordern."

Was wiederum nur seinen Grund darin haben kann,

daß die von einem Dispositions-Unfähigen übernommene Verbindlichkeit, noch immer eine **obligatio naturalis** begründet. Hätte dagegen der **filius familias** selbst eine solche Zahlung geleistet, so würde allerdings, wenn die Zahlung vor der aufgehobenen Gewalt erfolgt wäre, eine **condictio** statt finden; da der **filius familias** ganz allgemein dispositions- und zahlungsunfähig ist, und seine Unfähigkeit nicht wie im R. R. blos auf Gelddahrlehne beschränkt ist. Immer aber wird die **condictio** nicht dem Zahlenden, dem **filius familias** gebühren, sondern nur dessen Vater, und so hat der §. 138. einen stets richtigen Sinn, mag man die Zahlung von einem Dritten oder dem **filius familias** verstehen. Der Zahlende wird jeder Zeit zur **condictio** nicht verstattet werden. Wenn nun aber schon nach der bisherigen Ausführung nicht gut bezweifelt werden kann, daß die von einem Unfähigen ausdrücklich übernommene Verbindlichkeit eine **obligatio naturalis** erzeuge, so findet diese Ansicht in dem §. 254. I. 14 noch eine bedeutende Unterstützung, welcher dahin lautet:

> „Entsteht die Ungültigkeit des Hauptvertrages blos aus der persönlichen Eigenschaft des Verpflichteten, so haftet der Bürge dem Gläubiger eben so, als wenn er die Bürgschaft ihm unmittelbar geleistet hatte."

Würde nun die fehlende Dispositions-Fähigkeit eine Verbindlichkeit zu einer nichtigen machen, so könnte unmöglich die hiefür bestellte Bürgschaft als rechtsbeständig erklärt werden, und so dürfte wohl, hinsichts der einen Entstehungs-Art der **obligatio naturalis**, die Uebereinstimmung mit dem R. R. nachgewiesen sein.

Fraglicher dürfte es sein, wie weit der Mangel an Form eine Verbindlichkeit zur **obligatio naturalis** mache?

Im R. R. gilt die Regel ganz allgemein, daß formlose Willens-Erklärungen, bloße **pacta nuda**, nur eine moralische Verbindlichkeit erzeugen. Ein Aehnliches läßt sich jedoch für das A. L. R. nicht behaupten. Zwar verordnet der §. 176. I. 16. ganz allgemein, daß die, auf bl[illegible]s wegen

Mangels der Form ungültigen Verbindlichkeiten, geleistete Zahlung die **condictio indebiti** ausschließe, was allerdings für die **obligatio naturalis** spricht. Auch verordnet der §. 146. I. 5. daß mündliche Verträge, welche schriftlich hätten geschlossen werden sollen, gültig sind; sobald von beiden Seiten die Erfüllung stattgefunden. Es ist aber auch anderer Seits, wo gerichtliche Form vorgeschrieben ist, in Ermangelung dieser Form, das Geschäft für nichtig erklärt, und sogar die Rückforderung des Geleisteten zugelassen. So kann z. B. eine außergerichtliche Schenkung innerhalb sechs Monate selbst nach erfolgter Erfüllung, angefochten werden*). Es können ferner Verträge über unbewegliche Sachen, welche vormals gerichtlich oder notariell geschlossen werden mußten, trotz der erfolgten Erfüllung, wieder aufgehoben werden, wie dieses aus §. 233. I. 21. und **ex argumento e contrario** des §. 146. I. 5. folgt, u. s. w. Demnach würde nur hinsichts der fehlenden schriftlichen Form eine Uebereinstimmung zwischen dem R. R. und unserer Gesetzgebung unbedingt anzunehmen sein. Wie es sonst bei der fehlenden gesetzlichen Form zu halten sei, behalten wir uns für eine besondere Ausführung vor.

Gehen wir nun zu der zweiten Entstehungs-Art der **obligatio naturalis**, zu der **in rem versio** über, so finden wir auch diese in unserer Gesetzgebung wieder. Zwar erzeugt die **in rem versio**, in der Regel bei uns eine vollkommene und klagbare Verbindlichkeit, allein in einzelnen Fällen wird ebenfalls durch dieselbe nur eine moralische Verbindlichkeit erzeugt. So kann ein bloßer Nutzungsberechtigter für die von ihm gemachten Verbesserungen, wenn er die gesetzlich vorgeschriebene Einwilligung nicht eingeholt, trotz des verschafften Nutzens keinen Ersatz verlangen, und dasselbe gilt auch hinsichts der von einem **dominus utilis** gemachten Verbesserungen. Anderer Seits kann man aber auch nicht in Abrede stellen, daß dergleichen Verwendungen

---

*) §. 1090. I. 11. A. L. R.

eine moralische Verbindlichkeit erzeugen, und die mit derselben verbundenen Wirkungen hervorbringen.

Der einzige Unterschied, der demnach zwischen unserer Gesetzgebung und dem römischen Rechte in dieser Beziehung obwaltet, würde lediglich darin bestehen, daß im Letzteren, die in rem versio, in der Regel nur eine obligatio naturalis enthält, und nur ausnahmsweise klagbar ist, während bei uns die Klagbarkeit die Regel, und die obligatio uaturalis die Ausnahme bildet.

Wenn nun aber nach der bisherigen Ausführung, hinsichts der ersten beiden Arten der obligatio naturalis, eine Uebereinstimmung beider Rechte nicht gut bezweifelt werden kann, so wird man hinsichts der sogenannten Liebes-Pflichten, der dritten Art der römischen obligatio naturalis, nicht minder eine Uebereinstimmung zugeben müssen. Das A. L. R. thut derselben mehrfacher Erwähnung, und zwar scheint es dieselben vorzugsweise natürliche, persönliche Verbindlichkeiten zu nennen, während es die übrigen obligationes naturales, mehr mit dem Ausdrucke moralische Verbindlichkeit zu bezeichnen pflegt. Es spricht von den ersteren in folgenden Stellen: §. 23. II. 3. und §. 1041—1044. I. 11. nach welchen das indebite Geleistete nicht weiter angefochten werden kann, sobald nur eine moralische Pflicht zur Wohlthätigkeit vorhanden gewesen.

Aber auch die obligationes civiles exceptione naturales sind dem A. L. R. nicht fremd geblieben. Zuvörderst erklärt es alle Spielschulden, so wie die zur Bezahlung derselben gemachten Darlehne, wenn sie auch alle sonstigen Erfordernisse einer obligatio hätten, für bloße moralische Verbindlichkeiten *) Ebenso spricht es den Lotterie-Schulden jede Klagbarkeit ab, welche freilich durch spätere Gesetzen wieder klagbar geworden sind. Ganz also wie im R. R. vielen obligationes civiles nur die Klagbarkeit entzogen, der naturelle Bestandtheil aber gelassen worden

---

*) §. 577. I. 11.

ist, sehen wir auch hier, nicht mangelhafte Verbindlichkeiten in unvollkommene umwandelt.

Ganz abweichend vom R. R. dagegen sind die Grundsätze des A. L. R. hinsichts der Wirkung der **obligatio naturalis**. Das erstere verbindet bekanntlich folgende Wirkungen mit derselben:

1) die **retention** und **compensation**.
2) die Zuläßigkeit der **novatio**.
3) die Zuläßigkeit von Pfand Bürgschaft und sonstigen assessorische Verträgen.
4) die Ausschließung der **condictio indebiti**.

Von diesen Wirkungen kann jedoch den bloßen Pietäts-Pflichten nur die der Ausschließung der **condictio indebiti** zugesprochen werden, während den übrigen **obligationes naturales** sämmtliche Wirkungen gemeinschaftlich zustehen.

Ueberhaupt ist niemals außer Acht zu lassen, daß die Wirksamkeit der Liebes-Pflichten lediglich eine präsumtive Schenkung zur Basis hat, sobald aber noch keine Leistung erfolgt ist, kann von einer Verbindlichkeit nicht weiter die Rede sein, und so fallen die übrigen Wirkungen der **obligatio naturalis** von selbst fort.

Wenden wir nun uns zu den Vorschriften des A. L. R., so würden wir zuvörderst nicht in Abrede stellen können, daß die **retenion** und **compensation** bei **obligationes naturalis** durchaus nicht zur Anwendung kommen. Beide sind ein Mittel, den Verpflichteten zur Erfüllung einer Verbindlichkeit zu zwingen. Zum Wesen einer **obligatio naturalis** gehört aber, daß die Erfüllung derselben nicht erzwungen werden kann, und ist es auch im §. 86. Einl. speziell ausgesprochen, daß sie weder eine gerichtliche Klage noch Einrede begründen. Hinsichts der **compensation** steht dieses auch, durch andere gesetzlichen Bestimmungen, ganz unzweifelhaft fest. Nicht etwa, wie Koch *) irrthümlich glaubt, weil nach §. 377. I. 16. mit verjährten Forde-

*) Recht der Forderungen S. 25, Notà 29.

rungen nicht kompensirt werden kann, sondern weil die Gesetze nur höchst ausnahmsweise, und nur in Beziehung auf gewisse Ansprüche die compensation gestatten. Daß eine verjährte Forderung zur compensation sich nicht eignet, hat seinen einfachen Grund schon darin, daß die Verjährung bei uns nicht wie im R. R. eine obligatio naturalis zurückläßt, sondern die Verbindlichkeit gänzlich aufhebt. §. 7. I. 16. Dieses hätte Koch um so mehr berücksichtigen sollen, als er bald nachher zu dieser Ansicht sich bekennt*), die übrigens nie einen wahrhaften Grund zu einer controversia geben konnte. Wenn nun aber auch die Argumentation Kochs nicht für die Begründung der Sache spricht, so sprechen desto mehr folgende, ganz unberücksichtigt gebliebenen Gesetz-Stellen dafür:

1) verordnet der §. 558. I. 11. hinsichts der vormals nicht einklagbaren Lotterie-Schulden, daß eine compensation nur auf den etwanigen Gewinn zuläßig sei, denn er bestimmt:

„Hat er also auf den Einsatz Kredit gegeben, so steht ihm deshalb keine gerichtliche Klage, sondern nur die Kompensation gegen den auf ein solches Loos fallenden Gewinn zu.“

2) verordnet der §. 575. I. 18. hinsichts der nicht einklagbaren Meliorationen:

„In allen Fällen, wo der Allodialerbe für eine durch die Schuld des Erblassers entstandene Lehnsverringerung haften muß, kann er die von dem Erblasser gemachten und noch vorhandenen Meliorationen, wenn er auch sonst nach obigen Grundsätzen keine Vergütigung fordern könnte, auf den zu ersetzenden Schaden kompensiren.“

Aus diesen Bestimmungen ersehen wir also, daß bei nicht klagbaren Verbindlichkeiten eine compensatio nur höchst ausnahmsweise rücksichts gewisser Ansprüche zulässig ist.

---

*) l. c. S. 29.

Diese seltene Ausnahmen müssen aber desto stärker beweisen, daß in der Regel die **compensation** bei **obligationes naturales** ausgeschlossen bleibt, wie dieses auch bisher ganz allgemein ohne eigentliche Motivirung angenommen worden ist.

Ganz mit Unrecht hat man dagegen bisher die **novatio**, als eine Wirkung der landrechtlichen **obligatio naturalis** betrachtet. Hiemit soll jedoch nicht gesagt sein, daß die **novatio** bei moralischen Verbindlichkeiten nicht statt habe, vielmehr bin ich umgekehrt der Meinung, daß selbst eine **obligatio nulla** im A. L. R. zur **novatio** geeignet sei, und deshalb kann dieselbe bei uns, als eine Wirkung der **obligatio naturalis** nicht betrachtet werden. Schon der Umstand, daß die **novatio** der Zahlung gleich gestellt ist, muß folgerecht zu der Annahme führen, daß die wissentliche **novatio** einer nichtigen Verbindlichkeit, wie die wissentliche Bezahlung eines **indebiti** wirksam sei. In der That ist dieses auch so klar und so vielfach in den Gesetzen ausgesprochen, daß sich nicht gut einsehen läßt, wie Koch und Andere zu der Annahme gekommen, daß die **novatio** auch bei uns eine Wirkung der **obligatio naturalis** sei. Die §§. 467. 468. I. 16. aus denen man dieses zu folgern sucht, beweisen gerade das Gegentheil. Diese verordnen nämlich:

> „Ist hingegen die **novatio** gültig, so kann die Verbindlichkeit unter dem Vorwande, daß die alte nicht rechtsbeständig gewesen sei, nicht angefochten werden."
>
> „Doch kann der Schuldner unter eben den Umständen, unter welchen die Rückforderung einer geleisteten Zahlung statt findet, die zur Tilgung einer älteren eingeschrittenen neuen Verbindlichkeiten wiederrufen."

Erwägt man nun, daß eine **obligatio nulla** nur bei einer aus Irrthum erfolgten Zahlung, die **condictio indebiti** begründet, so wird man nicht umhin können, die wissentlich vorgenommene **novatio** einer **obligatio nulla** für rechtsbeständig zu erklären. Sollte man aber auch dieser

Ansicht nicht beitreten wollen; so dürften doch folgende Stellen es aufs Klarste darthun.

1) §. 564. I. 9. nach welchem ein völlig verjährter Anspruch durch Anerkenntniß rechtsbeständig werden kann. Ließe nun aber eine obligatio nulla keine novatio zu, so müßte auch ein solches Anerkenntniß erfolglos bleiben, da durch Verjährung jeder Anspruch gänzlich zerstört wird.

2) können Militair-Schulden ebenfalls durch Anerkenntniß gültig werden §. 713. I. 11. was ein abermaliger Beweis für die novatio einer obligatio nulla ist. Denn, wenn es auch bei Offizier-Schulden zweifelhaft ist, ob sie eine obligatio nulla oder naturalis erzeugen, so müßten doch immer Darlehne an Unteroffiziere und gemeine Soldaten, da sie nach §. 1314. II. 20. sogar fiskalisch bestraft werden, als obligationes nullae betrachtet, und zur novatio nicht geeignet erachtet werden.

3) ist der debitor cessus, wenn er einmal den cessionar, als seinen Gläubiger anerkannt hat, zur Zahlung verpflichtet, wenn auch die Forderung nichtig wäre. §. 412. I. 11.

4) desgleichen muß der Assignat, wenn er auch dem Anweisenden zu nichts verpflichtet wäre, dennoch wegen der erfolgten acceptation Zahlung leisten, was ebenfalls nicht sein könnte, wenn die novatio nicht auch eine obligatio nulla zur klagbaren machte. §. 259. I. 16.

Aehnliche Beläge ergeben sich aus §. 186—192. I. 5. u. §. 18. I. 20. u. a. m.

Zweifelhafter erscheint es schon, wie weit Pfand und Bürgschaft für eine obligatio naturalis rechtsbeständig bestellt werden kann. Koch *) glaubt Beides verneinen zu können, ohne die Sache vollständig zu prüfen. Wir haben jedoch für eine Verneinung keine Gründe auffinden können,

---

*) Recht der Forderung S. 25. u. 26.

desto mehr aber für die Affirmative. Was zuvörderst das Pfand betrifft, so ist in den §§. 12. 97. I. 20. nur hinsichts der **obligationes nullae** die Unwirksamkeit desselben ausgesprochen. Die hierüber sprechenden Stellen lauten dahin:

1) „Ist der Anspruch in sich ungültig, so ist auch die dafür bestellte Sicherheit ohne Wirkung."

2) „Ist der Hauptvertrag zu dessen Versicherung das Pfand bestellt worden, wegen Vernachläßigung der gesetzlichen Form nichtig, so erwirbt der Empfänger kein Pfandrecht."

Beide Stellen müssen aber nach unserem Dafürhalten nur von **obligationes nullae** verstanden werden. Die hier gebrauchten Ausdrücke „in sich ungültig" und „nichtig" können nach dem Sprachgebrauche offenbar nur völlig unwirksame Verbindlichkeiten bezeichnen, und so dürfte indirekt schon hieraus folgen, daß **obligationes naturales** allerdings eine Pfandbestellung zulassen.

Es muß dieses aber um so mehr angenommen werden, als mehrere Fälle in den Gesetzen vorkommen, in welchen sogar eine ungültige Obligation durch Pfandbestellung zur Gültigkeit gelangt. So wird z. B. das an sich ungültige Darlehn eines subaltern Offiziers, vollkommen rechtsbeständig, wenn Immobilien oder Renten hiefür verpfändet worden sind, so daß der Gläubiger nicht blos an das Pfand sich halten kann, sondern auch das Darlehn selbst einklagen darf. §. 687. I. 11.

Ebenso werden Schulden, welche eine Ehefrau hinsichts ihres vorbehaltenen Vermögens gemacht, durch Pfand-Bestellung klagbar, obschon sie sonst während der Ehe nicht eingeklagt werden können. §. 319. II. 1. Dieselbe Wirkung hat auch die Pfandbestellung hinsichts der Schulden, welche ein **filius familias** auf sein freies Vermögen gemacht, §. 166. II. 2., auch hier erlangt der Gläubiger eine Klage, die in Ermangelung eines Pfandes ihm nicht zusteht.

Wenn nun aber in allen diesen Fällen die Pfand-Bestellung, wenn auch nur ausnahmsweise, nicht klagbare

Verbindlichkeiten in klagbare umwandelt, so kann man wohl ungewagt nach obiger Ausführung, in Ermangelung jeder entgegenstehender Bestimmung, annehmen, daß mindestens die Pfandbestellung selbst bei allen obligationes naturales rechtsbeständig sei.

Nicht minder aber muß das, was von der Pfandbestellung gesagt ist, auch von anderen accessorischen Verbindlichkeiten, namentlich aber von der Bürgschaft gelten.

Der §. 251. I. 14. aus dem man das Gegentheil zu folgern versucht hat, verordnet nur:

„So weit aber die Forderung des Gläubigers an den Schuldner ganz ungültig ist, so weit ist auch die dafür geleistete Bürgschaft unverbindlich."

Dagegen heißt es §. 254. ibid.

„Entsteht die Ungültigkeit des Hauptvertrages bloß aus der persönlichen Eigenschaft des Verpflichteten, so haftet der Bürge dem Gläubiger ebenfalls, als Hauptschuldner."

Soll nun in diesen Stellen kein Widerspruch gefunden werden, so wird man wohl nicht umhin können, unter dem in der ersten Stelle gebrauchten Ausdrucke „ganz ungültig" nur eine obligatio nulla zu verstehen. Koch *) hat etwas sonderbar aus dem Umstande, daß durch die Verjährung der Hauptschuld auch die Bürgschaft aufgehoben wird, den Schluß gezogen, daß Bürgschaften für obligationes naturales unzuläßig wären.

Hiebei ist er aber abermals, wie bei der compensation in den Fehler verfallen, zu übersehen, daß bei uns die Verjährung keine obligatio naturalis zurückläßt.

Aber auch hievon ganz abgesehen, dürfte doch einem solchen gründlichen Kenner des R. R., wie Herr Koch zu sein scheint, nicht unbekannt bleiben, daß auch in diesem Rechte, in welchem doch unstreitig die obligatio naturalis

---

*) Forderungs Recht S. 25.

für Bürgschaften geeignet ist, ebenfalls mit der **Verjährung** der Hauptschuld der Bürge frei wird.

Zu den ganz unzweifelhaften Wirkungen der landrechtlichen obligationes naturales zählt man dagegen die Ausschließung der condictio indebiti. Dieses konnte auch keinen Anlaß zu einer controversiae geben, da es speziell §. 178. I. 16. vorgeschrieben ist. Indeß hat man auch hier sich die Sache nicht klar gedacht, wenn man hierin eine völlige Uebereinstimmung zwischen dem R. R. und unserer Gesetzgebung zu finden geglaubt.

Das A. L. R. ist offenbar viel weiter, als jenes gegangen. Im R. R. gilt die soluti retentio nur bei einseitigen nicht aber bei zweiseitigen Geschäften, dagegen macht unsere Gesetzgebung einen solchen Unterschied nicht. Sie verordnet daher auch ganz folgerecht, daß bei Verträgen, welche schriftlich zu schließen waren, und nur mündlich geschlossen worden sind, nur der Empfänger, wegen Mangels der gesetzlichen Form, zum Rücktritte berechtigt sei, nicht aber der Geber. Gerade umgekehrt ist es im R. R. Hier kann derjenige, welcher erfüllt hat, allerdings zurücktreten, und das Gegebne mit der condictio sine causa zurückfordern, nicht aber der Empfänger, vielmehr kann dieser mit der actio praescriptis verbis zur Erfüllung angehalten werden, wie die ganze Lehre der Innominatverträge sattsam zeigt. Ich weiß wohl, daß Bornemann anderer Meinung ist, und nach unseren Gesetzen beiden Theilen den Rücktritt gestattet. Ich konnte mich jedoch niemals mit dieser Ansicht befreunden. Der Mangel der schriftlichen Form macht nach §. 155. I. 5. die obligatio zu keiner nichtigen, sondern schließt nur die Möglichkeit zur Klage aus. Wenn daher dem Empfänger nach §. 156. I. 5. die Wahl zwischen der Erfüllung und dem Rücktritte gelassen wird, so ist dieses ganz sachgemäß, da der Geber keine Klage auf Erfüllung hat. Will aber der Empfänger auch seiner Seits erfüllen; so sieht man nicht gut ein, wie die Annahme ver-

weigert werden sollte. Der Empfänger bedarf zur Geltendmachung seines Rechtes keiner Klage, und nur die Klage ist es, welche einer solchen formlosen Willens-Erklärung abgesprochen werden soll. Ganz anders ist es, wenn erst zum Theile die Erfüllung geleistet worden wäre. Hier würde der Empfänger um den Geber zur völligen Erfüllung anzuhalten, noch einer Klage bedürfen, die ihm aber nicht gegeben werden kann, und deshalb verordnet auch der §. 161. I. 5. daß in diesem Falle auch dem Geber der Rücktritt freistehe.

Fassen wir nun das bisher Gesagte zusammen, so gewinnen wir das einfache Resultat, daß der Entstehung nach die landrechtliche **obligatio naturalis** von der römischen durchaus nicht abweiche, daß dagegen die Wirkungen anbelangend nur die Zuläßigkeit von accessorischen Verbindlichlichkeiten und die Ausschließung des Rückforderungs-Rechtes beibehalten worden, und letzteres sogar auf zweiseitige Geschäfte ausgedehnt worden ist. Hiebei versteht es sich jedoch von selbst, daß die bloße Pietäts-Pflichten ebenfalls wie im R. R. keine eigentliche **obligationes naturales** sind, und nur im Falle der Erfüllung Grund zur Präsumtion einer Schenkung geben.

XXIX. Kennt das A. L. R. eine successio ordinum et graduum bei der Querela inofficiosi testamenti?

Schon im römischen Rechte ist es höchst zweifelhaft, ob die Ascendenten zur **Querela** berechtigt sind, wenn die Descendenten dieselbe nicht anstellen wollen oder können. Desgleichen, ob Entfernte derselben Klasse hierzu berechtigt sein würden, wenn die näher Berechtigten, freiwillig oder nothgedrungen, sie anzustellen unterlassen. Diese Zweifel sind auch im A. L. R. nicht klar genug gelöst, obschon die

Schlichtung der gemeinrechtlichen Controversen die Hauptaufgaben desselben sind. Zwar scheint es die erste Frage vollständig zu beantworten, indem die §§. 504. u. 505. II. 2. verordnen:

„Hinterläßt der Verstorbene zwar Verwandte in absteigender Linie, die er aber aus einer wahren und gesetzmäßigen Ursache enterbt hat, so muß er denjenigen Ascendenten, welche das Gesetz, in Ermangelung der Abkömmlinge ruft, den Pflichttheil verlassen."

„Haben aber die Abkömmlinge der Verstorbenen sich ihres Erbrechts begeben: so können, wenn diese den Erbanfall erleben, die Ascendenten einen Pflichttheil nur in sofern fordern, als die Entsagung ausdrücklich zu ihren Gunsten geschehen ist."

Allein der §. 505. scheint nur von einer Entsagung inter vivos durch pactum renunciativum zu handeln, wie dieß auch ein Vergleich mit dem §. 487. l. c. ergiebt; und auch schon aus den Worten: „wenn dieselben den Erbanfall erleben" folgt. Wie es aber zu halten sei, wenn die Präterirten oder ungesetzlich Enterbten stillschweigend durch Anerkenntniß oder Nicht-Anstellung der Klage ihres Rechtes sich begeben, ist ausdrücklich nicht bestimmt. Indeß scheint es uns jeden Falls falsch zu sein, wenn man in einem solchen Falle die Ascendenten zur querela verstattet *).

1) Wäre es gegen die Worte des §. 504., nach welchen einer successio ordinum nur im Falle einer rechtmäßigen Enterbung statt gegeben werden solle.

2) kann der Erblasser nicht gehalten sein, entfernteren Berechtigten einen Pflichttheil zu hinterlassen, so lange es noch zweifelhaft ist, ob nicht dem näher Berechtigten ein solcher zugesprochen werden möchte. Ja, wäre er hierzu verpflichtet, so müßten die Ascendenten neben den unrechtmäßigen enterbten Descendenten

---

*) Simon u. v. Strampfs Z. S. Bd. II. Heft 2. S. 451.

zur querela berechtigt sein, denn eine früher zu beobachten gewesene Pflicht kann nicht nach einem ungewissen und nicht vorherzusehenden Ereignisse, wie die Entsagung der näher Berechtigten ist, beurtheilt werden. Ist aber der Erblasser die entfernteren Pflichttheils Berechtigten nicht zu bedenken verpflichtet, so lange er eine Anfechtung des Testaments von den näher Berechtigten zu befürchten hat, so sieht man auch nicht ein, wie die ersteren deshalb zur querela verstattet werden sollen, weil die letzteren auf dieselbe verzichtet haben. Die Befugniß, ein Testament anzufechten, setzt die erfolgte Verletzung einer Pflicht voraus; die querela ist die Rüge eines begangenen Unrechts, und wo dieses nicht stattgefunden, kann von ihr auch nicht die Rede sein.

Ein Anderes ist es bei dem Intestat-Erbrechte; hier ist keine von dem Erblasser hinterlassene Verfügung anzugreifen; die Erbschaft ist den gesetzlichen Erben überhaupt hinterlassen, wollen die näher Berechtigten dieselbe nicht antreten, so muß nothwendig der vacante Nachlaß, soll er nicht dem Fiscus anheim fallen, den entfernter Berechtigten zustehen, und die successio ordinum stellt sich hier als unerläßlich dar.

3) ist die stillschweigende Verzichtleistung auf die querela nicht der ausdrücklichen Entsagung bei dem Intestat-Erbrechte gleichzustellen. Sie ist mehr eine Anerkennung des Testamentes, als eine Entsagung des Pflichttheils; und es können entfernter Berechtigte unmöglich eine Disposition anfechten, welche die näher Berechtigten aufrecht erhalten wissen wollen, und so mit Vereitelung dieses Zweckes der näher Berechtigten zugleich auch denselben den ihnen gebührenden Pflichttheil entziehen.

Es kann daher bei einer stillschweigenden Entsagung der querela unmöglich eine successio ordinum Platz ergreifen. Ja, selbst eine ausdrückliche Entsagung des Pflicht-

theils würde, selbst, wenn sie noch bei Lebzeiten des Erblassers, wo das Testament noch zu ändern war, geschehen wäre, keinen Anlaß zur **successio ordinum** geben, wenn die Entsagung nicht ausdrücklich zum Vortheile der später folgenden erfolgte. Und dieses ist es eben, was der §. 505. c. ausdrücken soll, nämlich: daß selbst eine Entsagung **inter vivos**, wo es noch in der Gewalt des Erblassers stand, die Ascendenten zu bedenken, dennoch in der Regel keine **successio ordinum** rechtfertige. Bei einer stillschweigenden Verzichtleistung nach dem Tode des Erblassers versteht es sich von selbst.

Was die zweite Frage, die **successio graduum** betrifft, so wird sie im R. R. von den meisten Juristen verneint, und dieses muß auch nach dem A. L. R. geschehen. Schon der Umstand, daß unsere Gesetzgebung derselben nicht erwähnt, ist für die Verneinung hinreichender Grund. Es wird dieß aber auch durch den §. 434. l. c. vollkommen bestätigt. Dieser §. lautet nämlich:

„Was im Vorstehenden von Enterbung der Kinder verordnet ist, gilt auch von Enkeln und anderen Abkömmlingen weiterer Grade, in so weit denselben ein gesetzmäßiges Erbrecht zusteht."

Der Inhalt dieses Paragraphen kann, wie es der einfache Wortsinn mit sich bringt, kein anderer sein, als daß Enkel und andere Abkömmlinge wegen einer Enterbung nur dann sich beschweren können, wenn sie in Ermangelung eines Testamentes zur Intestat-Erbfolge gelangt wären. Demnach könnten Enkel, welche mit ihren Eltern zugleich enterbt worden sind, der **querela** sich nicht bedienen, weil sie **ab intestato** von ihren Eltern ausgeschlossen worden wären, und mithin **in concreto** kein gesetzmäßiges Erbrecht hätten. Ist nun aber diese Interpretation richtig, so kann von einer **successio graduum** nicht die Rede sein, und Enkel nur dann zur **querela** verstattet werden, wenn der Erblasser, trotz dessen, daß ihre Eltern bei seiner Lebenszeit bereits verstorben wären, dennoch sie enterbt hätte; denn nur alsdann

würde ihnen, in Ermangelung eines Testamentes, ein gesetzmäßiges Erbrecht zugestanden haben.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht erstlich der beschränkende Zusatz des §. 437.: „in so weit denselben ein gesetzmäßiges Erbrecht zusteht"; ein Zusatz, welcher, da Enkel in abstracto immer zu den gesetzlichen Erben gehören, sonst gar keine Bedeutung hätte. Ganz besonders aber spricht dafür der Zusammenhang der §§. 443. u. 444. l. c. Nachdem nämlich im §. 443. gesagt worden ist:

„Eben das gilt, wenn ein Kind oder Enkel in der letztwilligen Verordnung ganz mit Stillschweigen übergangen worden,"

heißt es darauf §. 444.:

„Ist aber ein im Testamente eingesetztes Kind verstorben, so treten dessen Abkömmlinge ganz an seine Stelle, wenn auch ihrer im Testamente nicht gedacht wäre."

Nimmt man nun an, daß der erste von Enkeln handelt, deren Eltern beim Leben des Erblassers bereis verstorben sind, so ist der Zusammenhang vollkommen; denn im ersten Falle treten dann die Erben rücksichts der querela, an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern; im zweiten Falle aber, trotz der Präterition, sogar in die Erbeseinsetzung selbst. Wollte man aber eine successio graduum annehmen, und die erste Stelle auch von präterirten Enkeln, deren Eltern noch am Leben sind, verstehen, so würde es an aller Verbindung mit dem §. 444. fehlen. Es giebt mithin im A. L. R. keine successio graduum, es mögen die näheren Descendenten mit Recht oder Unrecht präterirt oder exheredirt sein.

Zwar bestimmt der §. 354., daß Enkel zur Intestat-Erbfolge gelangen, wenn auch ihre Eltern von den Großeltern enterbt worden sind, und man könnte demnach, da der §. 437. l. c. den Enkeln die querela zuspricht, wenn ihnen ein Intestat-Erbrecht zustehe, sich zu der Meinung verleiten lassen, als müßten auch Enkel enterbter Eltern

die Pflichttheilsklage haben, wie dieß auch von mir selbst lange Zeit vorgetragen worden ist. Allein dieses scheinbare Argument ergiebt sich bei einer näheren Untersuchung als völlig unhaltbar. Enkel enterbter Eltern können möglicher Weise nur dann zur Intestatsuccession gelangen, wenn das Testament später ungültig wird, oder über einen Theil des Nachlasses keine Verfügung enthält; und von einem solchen Falle kann auch nur der §. 354. handeln; alsdann würden sie aber, nicht den Pflichttheil, sondern die Intestat-Portionen fordern.

XXX. Erwerbende Verjährung der Rechte.

Das römische Recht, welches aus einer Zeit stammt, wo der beengte Verkehr fast ausschließlich auf Eigenthums-Uebertragung an Sachen sich beschränkte, und dieser der ausschließliche Schutz des Rechtes zugewandt war, konnte noch in der spätesten Zeit, da der Geschäftskreis sich erweiterte, und viele andere Rechts-Verhältnisse an Bedeutsamkeit gewannen, sich nicht aus dem engen Rechtskreise seine Kindheit ziehen. Und wie die Fabel von jenen Arabern einer Wüste erzählt, mit welchen ihre Kleider mitwachsen sollen; so sehen wir das R. R. in seinem Kinderzeuge groß werden und an Umfange gewinnen. Daher finden wir noch im Justinianeischen Rechte, wie zur Zeit der zwölf Tafeln die Verjährung auf das Eigenthum von Sachen beschränkt, und nur bei den Servituten erlaubt man sich eine Ausnahme, weil diese angeblich auch in älterem Rechte Gegenstand der Verjährung gewesen, und erst durch eine **lex scribonia** *) eine Ausschließung erfahren haben sollten. Hier wagte man es daher gestützt auf dem ganz alten Rechte die minder alte **lex** wiederaufzuheben und eine **praescriptio** zuzulassen. Bei den anderen dinglichen Rechten, der

*) fr. 4. §. 29. L. 41. 3. D.

superficies und **emphiteusis** fand selbst die neuere Verjährung, die **praescriptio**, keinen Eingang *).

Das französische Recht, dessen Hauptfehler es ist, dem Römischen Rechte möglichst sich anzuschließen, folgt auch hierin demselben, und läßt die 10jährige erwerbende Verjährung ebenfalls nur beim Eigenthume der Sachen zu, **Code civil Art. 2265. 2279.**, und scheint sogar die Servituten auszuschließen.

Da jedoch nach diesem Rechte durch die 30jährige Klage-Verjährung mit der Klage zugleich das Recht selbst erlischt, **Art. 2262** vergl. mit **Art. 1234.**; so wird der unredliche Besitzer durch eine etwas längere Zeit, nämlich in 30 Jahren, in Stand gesetzt, alle Rechte verjähren zu können, die der redliche Besitzer **cum titulo** und **b. f.** in 10 Jahren nicht verjähren kann, wie dieß bei den Servituten auch speziell anerkannt ist, **Art. 642. 690.**

Das gemeine Recht, welchem wiederum das Justinianeische Recht das ist, was die Zwölf Tafel dem letzteren, und das über die im R. R. gezogenen Gränzen nicht hinausgeht, wo es nicht durch den Drang der veränderten Verhältnisse gewaltsam hinausgestoßen wird, bleibt auch hier im Ganzen beim Römischen Rechte stehen und macht nur bei den dinglichen Rechten, und den ihm eigenthümlichen Reallasten eine Ausnahme **). Bei den letzteren ist es offenbar dem kanonischen Rechte gefolgt, welches **Cap. 1. de praescript. in Sexto. 2. 13.** die Verjährung von Zehnten zuläßt, obschon das Zehntrecht, als **jus in faciendo** im Sinne der Römer nur den Karakter eine **obligatio** enthält. Man würde sich doch irren, wenn man das Gesagte als allgemein anerkannt betrachtet wollte. Die Verwirrung, welche das gemeine Recht, als treue Begleiterinn, niemals verläßt, hat gerade hier den höchsten Gipfel erreicht. Während einige Rechtslehrer selbst nach römischen

---

*) fr. 26. 39. l. c.

**) Unterholzner §. 199. 285.

Rechte die erwerbende Verjährung bei Forderungen zulassen *), schließen die meisten die Verjährung beim dinglichen Pfandrechte aus **), und wissen nicht einmal bei all ihren gründlichen Studien, daß fr. 14. §. 3. L. 44. Tit. 3. D. ihnen entgegenstehe, aus welchen das Gegentheil folgt.

Das A. L. R. dagegen, welches schon beim Begriffe des Eigenthums sich von der Beschränktheit des R. R. losgesagt, und ein Eigenthum an Rechten wie an Sachen anerkennt, hat auch in der Lehre der Verjährung seinen eigenen Weg verfolgt, und obschon es dieselbe bei der Erwerbung des Eigenthums abhandelt; so hat dennoch §. 579. I. 9. die Verjährung der Rechte der der Sachen gleichgestellt, seinem Principe getreu, wonach es in der Lehre des Besitzes, den Besitz von Rechten, wie den der Sachen anerkennt***). Auffallend ist es jedoch, daß in den speziellen Lehren der Rechte, mit Ausschluß der Servituten, immer nur von der Verjährung durch Nichtgebrauch und nicht von der Verjährung durch Besitz die Rede ist. Und es könnte den Anschein haben, als habe es, wie dieß leider öfter geschieht, in den einzelnen Lehren das allgemeine Prinzip wieder verlassen, und sei den bisherigen Rechten gefolgt. Diesen Zweifel zu nehmen, ist der Zweck dieses Aufsatzes.

Wir wollen dieß jedoch bei den einzelnen Klassen der Rechte einzeln versuchen.

Das A. L. R. theilt bekanntlich die Rechte in **affirmativa, negativa** und Untersagungs-Rechte ein. Was die letzteren betrifft, so ist rücksichtlich ihrer die erwerbende Verjährung speziell im §. 507. I. 9. als zulässig ausgesprochen. Nicht so klar läßt es sich bei den affirmativen Rechte nach-

---

*) Unterholzner l. c. §. 1253.

**) Thibaut über Besitz und Verjährung S. 116.

***) Dieser Ansicht war übrigens auch Rave (§. 49. 50. 65. 78—88.), welchem die Redaktoren vielfach gefolgt sind.

weisen. An einer speziellen Vorschrift hierüber fehlt es ganz. Nirgends ist die Verjährbarkeit derselben deutlich ausgesprochen. Da jedoch in der Lehre vom Besitze, §. 80. I. 7. A. L. R., diesen Rechten wie den übrigen Besitz beigelegt wird, der Besitz aber die Grundlage der Verjährung ist; so kann auch die Verjährbarkeit dieser Rechte keinem Zweifel unterworfen sein. In folgenden Fällen ist es auch speziell anerkannt:

1) bei den Zehenten, §. 861 — 863. II. 11. A. L. R.

2) beim Abschoß, §. 175. 176. II. 7. A. L. R.

3) bei Diensten und Abgaben, §. 92. u. 144. II. 7. A. L. R.

Selbst Obligationen im wahren Sinne des Wortes können, in so fern eine wiederholte Ausübung bei ihnen vorkommt, durch Verjährung erworben werden, denn es bestimmt:

1) der §. 839. I. 11.:

„Ist die Zinszahlung durch 30 Jahre geleistet worden; so kann der Gläubiger das Kapital vermöge eines durch Verjährung erworbenen Rechts fordern, und der Beweis, daß ursprünglich kein Darlehn gegeben worden, ist nur in dem Maaße zulässig. wie gegen die Verjährung überhaupt ein Beweis statt finden kann."

2) bestimmen die §§. 143 — 145. I. 162.:

daß wenn die Verjährungs-Zeit hindurch Terminalzahlungen oder Lieferungen auf einerlei Weise geleistet worden sind, so hat der Zahlende das Recht erworben, nur diese Quantität leisten zu dürfen, und der Berechtigte bleibt mit dem Gegenbeweise, daß ihm eine höhere Quantität zustehe, ausgeschlossen.

Weit schwieriger ist die Durchführung des landrechtlichen Prinzips bei den negativen Rechten; obschon auch hier dasselbe gelten müßte; da bei diesen noch mehr als bei den ersteren ein Besitz statt findet und dieser auch im A. L. R. anerkannt wird.

Namentlich dürfte es beim Pfandrechte zweifelhaft sein,

ob ein Gläubiger, der im guten Glauben ein Pfand von einem Nichteigenthümer angenommen, und die Verjährungszeit hindurch besaß, ein Pfandrecht erworben habe. Eine Frage, welche im gemeinen Rechte verneinend beantwortet wird. Das A. L. R. spricht in der Lehre vom Pfandrechte §. 243. I. 20. nur von der Verjährung durch Nichtgebrauch, ohne irgend der Verjährung durch Besitz Erwähnung zu thun, was Manchen zur Verneinung dieser Frage veranlaßt hat. Allein diese stillschweigende Uebergehung läßt sich vielmehr als eine Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften der Verjährung erklären, wie dieß auch bei der Lehre des Erbzinses und beim Lehen geschieht, wo ebenfalls nur vom Nichtgebrauche und nicht von der Verjährung durch Besitz die Rede ist, obschon hier selbst im gemeinen Rechte die erwerbende Verjährung nicht bezweifelt wird. Uebrigens hat die Bejahung dieser Frage für das A. L. R. weit weniger Erheblichkeit, als im G. R. Denn da der Pfandgläubiger gegen Erstattung des Pfandschillings das Pfand immer herausgeben muß; dieses aber nach §. 80. I. 20. schon dem redlichen Besitzer erstattet werden muß; redlicher Besitz aber bei der erwerbenden Verjährung unerläßlich ist; so kann er durch die Verjährung nichts gewinnen, ausgenommen die etwanigen verfallenen Zinsen, welche nach §. 82. eod. nur dem wahren Pfandgläubiger erstattet zu werden brauchen, und so läßt sich die Uebergehung der erwerbenden Verjährung in der Lehre des Pfandrechtes um so leichter erklären.

Weit bedenklicher ist die Beantwortung der Frage bei den Nutzungs-Rechten, namentlich bei den unvollständigen, bei Pacht und Miethe. Gebildet in der Schule des gemeinen Rechtes, kann der preußische Jurist selbst in seinem vaterländischen Rechte den Total-Eindruck jenes antiquirten Rechtes nicht vergessen, und da in jenem Rechte die Verjährung eines Pacht- und Miethrechtes etwas Unerhörtes wäre; so scheint es auch für das A. L. R. nicht einzuleuchten.

Dennoch ist es gegen alle Vernunft, den Pächter und

Miether anderen Berechtigten nachzusetzen, und Jemanden, der redlicher Weise von einem Nichteigenthümer auf 50 Jahre gepachtet oder gemiethet hat, seine Pacht- oder Miethzeit nicht vollenden zu lassen, wenn der wahre Eigenthümer nach Ablauf der Verjährungszeit sich meldet. Warum sollte, da die Verjährung nur zur Begründung der Stabilität der Rechte eingeführt ist, der Pächter und Miether von dieser Wohlthat ausgeschlossen werden? Wollte man die Revocabilität dieser Rechte als Grund angeben; so müßte man überhaupt alle revocabile Rechte, auch revocabile Servituten und revocabiles Eigenthum, ausschließen; und dennoch kann selbst im R. R. revocabiles Eigenthum verjähren.

Ließe sich aber auch wirklich irgend ein Grund auffinden; so könnten wir dennoch auf denselben nicht eingehen; da der §. 579. I. 9. indistinkte die Verjährung der Rechte verordnet. Vorzüglich aber läßt sich Folgendes anführen:

I. bestimmt der §. 1 und 7. I. 21. ausdrücklich: daß Nutzungs- und Gebrauchs-Rechte durch Verjährung erworben werden sollen, und es würde mehr als Willkühr sein, diese Vorschriften auf die vollständigen Nutzungs-Rechte, auf den Nießbrauch und Erbpacht einschränken zu wollen, Commodat, Pacht und Miethe dagegen auszuschließen; da doch sämmtliche in dem Tit. 21. abgehandelt werden und die §§. 1. 7. in der Einleitung dieses Titels sich befinden;

II. ist jeder unvollständiger Besitzer einer Sache, vollständiger Besitzer des Rechtes, und muß als solcher auch das Recht verjähren können;

III. geht aus §. 91. I. 21. deutlich hervor: daß Rechte auf die Sache, mit Ausschluß des dort erwähnten Falls, durch Verjährung erworben werden können.

Hält man nun dieses Alles zusammen: so bleibt kein Zweifel übrig, daß alle Nutzungs-Rechte durch Verjährung erworben werden können.

Da nun auch bei Grundgerechtigkeiten §. 13. I. 22. A. L. R. die erwerbende Verjährung speziell ausgesprochen

ist; so dürfte man wohl mit Recht den Grundsatz aufstellen können, daß alle Rechte, bei denen ein Besitz denkbar ist, auch der Verjährung unterworfen sind.

In der That findet dieses auch in den Materialien des A. L. R. seine Bestätigung. Im Entwurfe *) heißt es:

> „Solche Rechte, welche durch Uebergabe oder durch eine redliche Besitzergreifung an den Besitzer gelangt sind, können von ihm in der kürzeren Verjährungs-Zeit erworben werden,"

und wir sehen also hieraus, daß eine Verjährung überall statt findet, wo Besitz denkbar ist.

Zu wünschen bleibt es aber jeden Falls, daß man bei der Redaktion des A. L. R. diesen Grundsatz schärfer und hervorstechender hinstellen möge, als dies gegenwärtig der Fall ist. Auch hier kann das O. G. B. zum Muster dienen, welches §. 1455. sich dahin ausspricht:

> „Was sich erwerben läßt, kann auch ersessen werden. Sachen hingegen, welche man vermöge der Gesetze nicht besitzen kann, ferner Sachen und Rechte, welche schlechterdings unveräußerlich sind, sind kein Gegenstand der Ersitzung."

XXXI. Macht nach A. L. R. die litis contestatio den b. f. p. zum malae fidei possessor?

Das R. R. hat bekanntlich affirmativ sich hierüber ausgesprochen, doch fühlten selbst die römischen Juristen schon das Vernunftwidrige dieser Bestimmung, und suchten die Härte derselben dadurch zu mildern, daß sie die praestation des casus, welche sonst dem unredlichen Besitzer obliegt, nicht an die litis contestatio knüpften. fr. 40. 5. 3. D.

---

*) Simon u. v. Strampfs Zeits. B. III. S. 478.

Eine solche Modifikation ist aber nicht nur billig; sondern auch nothwendig.

Man kann es zwar billigen, daß der b. f. possessor nach der litis contestatio, wo die Zweifelhaftigkeit seines Rechtes schon feststeht, sich jeder Veräußerung oder Verschlimmerung enthalten solle, man könnte es auch ferner gut heißen, daß er alle inzwischen gezogenen Vortheile herausgeben müsse; allein den Besitzer deshalb in jeder Beziehung für unredlich zu halten, weil er nicht auf den ersten Antrag der Klage die Sache ausgeantwortet, ihm es zum Verbrechen anzurechnen, daß er zuvörderst durch ein Judikat von der Richtigkeit des klägerischen Anspruches sich überzeugen wollte, wäre nicht nur hart, sondern auch völlig ungerecht.

Bedenkt man nun noch, daß der Besitzer, um sich seines Regresses an seinen auctor zu sichern, es nothwendig zum Prozesse und zur litis denunciation kommen lassen müsse; so erscheint vollends ein solches Verfahren gegen alle Rechtsbegriffe.

Das Oesterreichische Gesetzbuch folgt daher auch dem R. R. und verordnet §. 338.:

„Auch der redliche Besitzer, wenn er durch richterlichen Ausspruch zur Zurückstellung der Sache verurtheilt wird, ist in Rücksicht des Ersatzes der Nutzungen und Schadens, wie auch in Rücksicht des Aufwandes, von dem Zeitpunkte der ihm zugestellten Klage, gleich einem unredlichen Besitzer zu behandeln, doch haftet er für den Zufall, der die Sache bei dem Eigenthümer nicht getroffen hätte, nur in dem Falle, daß er die Zurückgabe durch einen muthwilligen Rechtsstreit verzögert hat.“

Das A. L. R. weicht dagegen anscheinend hievon ab, indem es verordnet: §. 222. I. 7.:

„Wenn kein früherer Zeitpunkt der Unredlichkeit des Besitzes ausgemittelt werden kann; so wird der Tag der dem Besitzer durch die Gerichte geschehenen Behändigung der Klage dafür angenommen.“

Hienach hat es das Ansehen, als sollte der Besitzer nach der **litis contestatio** unbedingt, selbst hinsichts des **casus**, als unredlicher Besitzer erachtet werden, was auch in der Regel angenommen wird.

Eine solche Annahme ist aber nicht nur mit dem das A. L. R. beherrschenden Geiste der Billigkeit unvereinbar, sondern steht auch folgenden Bestimmungen desselben ganz entgegen:

I. §. 48. I. 7. A. G. O., welcher alle Wirkungen der **litis contestatio** genau aufzählt, von einer durch die **l. c.** entstehenden **mala fides** aber nichts enthält, und sogar **No. c.** ausdrücklich verordnet, daß der Besitzer nach der **l. c.** nur für **deteriorationes** verantwortlich sein solle; Hiegegen hat man erinnern zu können geglaubt, daß nach §. 48. No. d. die **insinuatio libelli** den Beklagten **in mora** versetzt, die **mora** aber den Besitzer stets zu einem unredlichen macht. Diese Erinnerung ist jedoch etwas übereilt. Die angeführte Bestimmung handelt blos von dem Falle, wo eine Verbindlichkeit feststeht, und nur die Zeit der Erfüllung unbestimmt geblieben, wird hingegen die Verbindlichkeit selbst in Frage gestellt, so kann auch die **insinuation** der Klage keine **mora** herbeiführen.

II. §. 16. I. 7., nach welchem bloße Zweifel, und mehr kann doch die **l. c.** nicht bewirken, den redlichen Besitz nicht aufhebt;

III. §. 16. I. 15., in welchem es heißt:

„Derjenige, welcher die in Anspruch genommene Sache, nach eingehändigter Vorladung, weiter veräußert, wird in so fern einem unredlichen Besitzer gleich geachtet."

Woraus klar erhellet, daß nur hinsichts der Veräußerung nach der **l. c.** der Besitzer als unredlich erachtet wird. Ganz dem §. 48. I. 7. G. O. gemäß.

IV. die §§. 194. 195. I. 16. A. L. R., nach welchen derjenige, welcher wissentlich fremdes Geld **indebite** an-

nimmt, die höchsten Zinsen, derjenige aber, welcher irrthümlich dergleichen erhält, nur Verzögerungszinsen vom Tage der litis contestatio zu entrichten hat. Würde aber die l. c. den Besitzer zum unredlichen machen; so müßten auch im zweiten Falle die höchsten Zinsen entrichtet werden.

Es kann daher das A. L. R. in §. 222. unmöglich das aussprechen wollen, was es auszusprechen scheint, und erwägt man die Worte etwas genauer; so ergiebt sich in der That ein ganz anderer Sinn. Nicht von der Festsetzung der mala fides solle in dieser Stelle die Rede sein, vielmehr wird diese, wie der Ausdruck deutlich ergiebt, schon vorausgesetzt, und nur eine Vorschrift über den dies a quo gegeben; wenn dieser nicht mit der mala fides zugleich ermittelt wäre. Man denke sich, der Kläger habe die m. f. des Beklagten behauptet, ohne einen dies a quo angeben zu können, dieser habe sich darauf kontumaziren lassen, oder den darüber zugeschobenen Eid nicht leisten wollen, hier stände die m. f. fest, der dies a quo wäre aber zweifelhaft, und nur für diese und ähnliche Fälle, verordnet der §. 222., solle die Zeit der litis contestatio als Anfang der m. f. betrachtet werden.

Dasselbe Resultat liefern auch die Materialien *) des A. L. R. Nach dem umgedruckten Entwurfe sollte der Tag des ersten Urtheils den redlichen Besitz in einen unredlichen verwandeln, was aber in dem gedruckten Entwurfe dahin modificirt wurde, wenn kein früherer oder späterer Zeitpunkt der m. f. ausgemittelt wäre. Auf Grund vieler monita aber, daß selbst das erste Erkenntniß noch nicht geeignet sei, m. f. bei dem Verklagten zu erzeugen, weil es häufig kommen könne, daß Kläger erst in dritter Instanz oder nur in Folge eines nothwendigen Eides obsiege, wurde der im Entwurfe befindliche Ausdruck „oder

---

*) Vergl. Bornemanns System Bd. I. S. 480.
Simon u. v. Strampfs Zeitſ. Bd. III. S. 171. 321. 427.

späterer" gestrichen und die gegenwärtige Fassung des §. 222. beschlossen. Hieraus mit dem sonst so geistreichen und gründlichen K. G. R. Bornemann zu schließen, daß gegenwärtig schon die bloße **litis contestatio** immer die **m. f.** begründe, will mir nicht einleuchten. Wie sollte man dazu gekommen sein, auf Grund der **monita**, daß selbst das erste Erkenntniß zur Begründung der **m. f.** nicht genüge, einen so entgegengesetzten Beschluß zu fassen, und die im Entwurfe gerügte Strenge noch zu schärfen. Vielmehr scheint mir gerade in der fehlenden Debatte auf Grund der **monita** festgesetzt worden zu sein, daß die **m. f.** anderweitig feststehen müsse, und daß die **litis contestatio** nur den etwa zweifelhaft gebliebenen **dies a quo** bestimmen solle, ganz wie wir oben ausgeführt und wie der Wortverstand des §. 222. es mit sich bringt. Nur deshalb scheinen mir die Worte des Entwurfes weggelassen zu sein, weil sie jetzt überflüssiig sein würden. Jeden Falls aber kann aus den Materialien, abgesehen davon, daß sie keine Gesetzeskraft haben, kein Grund zur Widerlegung unserer auf Gesetzes-Stellen des A. L. R. basirten Ausführung entlehnt werden. Wie überhaupt die Materialien, sobald sie nicht das **final conclusum**, auf Grund dessen die Abfassung der einzelnen §§. des A. L. R. erfolgte, enthalten, nur geeignet sind, die Zweifel zu vermehren.

XXXII. Kennt das A. L. R. ein jus oder dominium revocabile ex tunc?

Der Grundsatz, **nemo in alterum plus juris transferre potest quam ipse habet**, hat im R. R. zur Annahme eines **dominium revocabile** geführt *); indem man von dem Gesichtspunkte ausging, daß jeder, welcher selbst einer Revokation seines Rechtes unterworfen ist, diese Re-

*) Makeldey's Lehrbuch §. 242.

vokabilität, in so fern sie nur von Anfange an mit dem Rechte verbunden war (revocabile ex tunc) auf jeden Dritten, dem das Recht übertragen wird mit überträgt *). Diese Annahme wäre auch ganz richtig, wenn man sich auf dingliche Revokations-Rechte beschränkt hätte; allein man läßt auch ein dominium revocabile eintreten, wenn die causa revocationis ein bloßes pactum ist. Z. B. ein pactum reservati dominii **) de retro vendendo ***), addictionis in diem u. s. w., und da diese pacta adjecta nur ein persönliches Recht dem Revokanten ertheilen können, so sehen wir hier den sonderbaren Fall eintreten, daß ein persönliches Recht nicht nur zur dinglichen Klage berechtigt, sondern sogar die dinglichen und Eigenthums-Rechte Anderer aufhebt. Diese Sondenbarkeit einsehend mühen sich zwar einige Lehrer des gemeinen Rechtes ab ****), (um die allgemein gerühmte und nirgends sich zeigende Konsequenz des R. R. zu retten) einigen pactis diese Dinglichkeit abzusprechen. Allein der Grundsatz des R. R., daß Bedingungen rückwirkend sind, muß stets wieder auf ein dominium revocabile ex tunc †), und da Bedingungen nur durch pacta adjecta festgesetzt werden, mithin auch auf die Dinglichkeit der pacta und den eben gerügten Widerspruch führen.

Selbst die gesetzlichen Revokations-Rechte sind größten Theils nur persönlicher Art, wie z. B. der Widerruf wegen laesio enormis. Und da diesem doch Niemand die Geltendmachung gegen Dritte abspricht, so wird der oben gerügte Widerspruch stets unbesiegbar bleiben.

---

*) Von einem dominium revocabile ex nunc kann nicht die sein; da dieses nur ein persönliches Recht bezeichnet, welches das dominium nicht revocirt.

**) Fr. 16. (XVIII. 6.) D. fr. 20. (XLIII. 26.) D.

***) Fr. 7. (IV. 54.) C.

****) Donell ad l. 2. C. (IV. 54.) No. 18 — 21. Faber de error. pragmat. Dec. 22. err. 2.

†) Wening B. II §. 116.

Das A. L. R. hat §. 101. Einl. ebenfalls den Grundsatz ausgesprochen:

> „Niemand aber kann dem Andern mehr Rechte übertragen als er selbst besitzt,"

und es war daher nichts natürlicher, als daß man auf hergebrachte Weise auch hieran die Existenz eines **dominium revocabile ex tunc** knüpfte. Es herrschen jedoch unter den Kommentatoren ganz entgegengesetzte Ansichten über diesen Punkt. Während Merkel zu §. 33. I. 19. A. L. R. das Vorhandensein eines **dominium revocabile** ganz bestreitet, so nimmt es Grävel in seiner Schrift über Besitz §. 172. I. 7. im gewöhnlichen Umfange an. Wir glauben indeß uns von den Ansichten Beider lossagen zu müssen. Man kann unmöglich mit Grävel ein **dominium revocabile** im gemeinrechtlichen Sinne für das A. L. R. annehmen und hierdurch indirekt unserer Gesetzgebung die Widersprüche des G. R. zur Last legen. Schon dadurch, daß das A. L. R. den Bedingungen die rückwirkende Kraft abspricht (Bornemann Rechtsgeschäfte S. 154.), hat es von einer Hauptart der **dominia revocabilia** des gemeinen Rechtes sich losgesagt. Es thut aber dies auch ganz deutlich hinsichts aller persönlichen Revokations-Rechte, sowohl der vertragsmäßigen, als der gesetzlichen und testamentarischen, denn es bestimmt:

1) „Sind Sachen unter gewissen Bedingungen verkauft und übergeben worden; so stehen diese Bedingungen einem Dritten in Erwerbung eines Rechtes auf die Sache, nur so weit entgegen, als er erweislich Wissenschaft davon gehabt hat." §. 264. I. 11. A. L. R. Vergl. §. 335. I. 50. A. G. O.

2) „Ist der Vorbehalt des Eigenthums im Vertrage ohne Bestimmung eines gewissen Zahlungstermins beigefügt; so erlangt der Verkäufer einer unbeweglichen Sache dadurch nur das Recht, das rückständige Kaufgeld in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen. Bei

beweglichen Sachen hat ein solcher unbestimmter Vorbehalt gar keine Wirkung." §§. 268. 269. I. 11. A. L. R.

3) „In wiefern das vorbedungene Wiederkaufsrecht auch gegen einen Dritten von Wirkung sei, ist nach den Vorschriften, §. 264. I. 11. zu bestimmen. §. 311. I. 11. (In §. 264. aber heißt es, daß nur mala fides den Dritten verbindet.)

4) Heißt es beim gesetzlichen Widerrufe der Schenkungen §. 1165. I. 11.:

„Doch sind in allen Fällen der Beschenkte und dessen Erben zur Wieder-Erstattung nur so weit verpflichtet, als sich die geschenkte Sache zur Zeit des Widerrufes noch im Vermögen oder Nachlasse befindet, oder diese durch den gelösten Werth noch wirklich reicher sind,"

und wir ersehen hieraus, daß gegen Dritte dieser Widerruf nicht statt findet;

5) heißt es bei den testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungs-Verboten,

„daß sie nur den Dritten verbinden, wenn er der m. f. überführt ist." §. 18. 19. I. 4.

6) Bestimmt der §. 356. I. 11.:

„Ein gerichtlicher nothwendiger Verkauf kann wegen begangener Verabsäumung wesentlicher in den Gesetzen vorgeschriebener Formen widerrufen werden. Das Recht des Dritten, an welchen die Sache von dem, der sie als Meistbietender erstanden hatte, gelangt ist, kann nur alsdann angefochten werden, wenn er überführt werden kann, daß er den vorgefallenen Fehler zur Zeit der Ansichbringung gewußt hat."

7) Bestimmen die §§. 305 — 309 b. I. 50. A. G. O.:

daß der Käufer, welcher bei einer Konkurs-Eröffnung des Käufers zur Vindikation berechtigt ist, von derselben gegen Dritte nur in sofern Gebrauch machen kann, als dieselben in mala fide sich befinden.

Aus allen diesen Bestimmungen geht nun sattsam hervor, daß die Revokabilität eben so wenig wie andere persönlichen Beschränkungen des Eigenthums auf Dritte übergeht, und nur wie andere persönliche Rechte solche Dritte verpflichtet, welche der **mala fides** überführt werden können. Den Vorwurf, der daher das gemeine Recht trifft, hat also unseres, dem Geiste nach treffliches A. L. R. von sich gewiesen, und von einem **dominium revocabile**, wie es dieses kennt, weiß es nichts. Eben so wenig aber kann man mit Merkel das Vorhandensein eines **dominium revocabile** überhaupt in Abrede stellen. Denn es bestimmt das A. L. R:

I. „Wenn das Recht desjenigen, welcher ihm sein Besitzrecht verliehen hat, erloschen ist, so muß der unvollständige Besitzer dem weichen, auf welchen das Eigenthum oder vollständige Besitzrecht übergegangen ist.“ §. 172. I. 7.

II. „Rechte auf und zu fremden Sachen erlöschen, wenn das Recht desjenigen, welcher sie bestellt hat, aufhört, und die Sache an einen Andern fällt, der auf selbige, schon vor der Einräumung jener Befugnisse einen gegründeten Anspruch hatte.“ §. 33. I. 19. A. L. R.

III. „War der Verpächter oder Vermiether über die Sache nur auf seine Lebens- oder irgend eine andere bestimmte Zeit zu verfügen berechtigt; so ist der Nachfolger den Kontrakt fortzusetzen nicht verbunden.“ §. 388. I. 21. A. L. R.

Woraus ganz unstreitbar das Dasein eines **dominii revocabilis** nach A. L. R. erhellet. Freilich will Merkel diese Bestimmung nur auf solche Fälle angewendet wissen, wo der Dritte von dem Revokationsrechte Kenntniß hatte, z. B. durch Eintragung ins Hypothekenbuch. Allein eine solche Interpretation würde nicht nur höchst gezwungen sein, sondern auch offenbar gegen mehrere andere Gesetze verstoßen. Selbst bei Grundstücken ist die Eintragung der Revokabilität, welches Grävell zugestehen zu müssen glaubt,

nicht unbedingt erforderlich. Allerdings müssen manche Revokationsberechtigte ihr Recht ins Hypothekenbuch eintragen lassen. Allein es können auch Lehns-Agnaten, alle vom Vasallen bestellten dingliche Rechte, wenn der Erbfall an sie kommt, anfechten, wenn sie auch zur Zeit der Bestellung im Hypothekenbuche nicht eingetragen waren, sobald sie nur zu dieser Zeit noch unter väterlicher Gewalt standen. §. 293. I. 18. vergl. §. 67. II. 4. Auch können Descendenten des Vasallen die Verfügungen desselben über die Substanz unbedingt anfechten, wenn ihrer auch im Hypothekenbuche nicht erwähnt ist. §. 268. 273. I. 18. Alles dies könnte aber nicht der Fall sein, wenn die **actio revocatoria** nur gegen den unredlichen Besitzer statt fände, wie Merkel glaubt. Man könnte vielleicht hinsichts des Widerspruchs zwischen den 1 — 7 und I. — III. angeführten §§. einwenden, daß die ersteren vom Eigenthume, die letzteren aber nur von Rechten auf die Sache handeln, und mithin noch nicht beweisen, daß auch das veräußerte Eigenthum vom Revokationsberechtigten angefochten werden könnte. Allein dem würde noch immer der zuletzt angeführte §. 268. I. 18. entgegenstehen, welcher ebenfalls von Revokation des Eigenthums handelt, und dann würde es auch an allem Grund fehlen, weshalb der redliche Erwerber der Substanz mehr als der redliche dinglich Berechtigte geschützt werden soll. Wollte man den Grund darin suchen, daß die dinglichen Rechte als Theile des Eigenthums mit diesem gleichzeitig aufhören müssen; so würde dies offenbar den §§. 249. 261. I. 20. entgegenstehen, nach welchen dingliche Rechte fortbestehen, wenn auch der, welcher sie konstituirt hat, sein Eigenthums-Recht verloren hat. Hierin kann mithin ebenfalls nicht der Vereinigungs-Punkt der scheinbar sich entgegenstehenden §§. gesucht werden.

Vielmehr scheint uns die Vereinigung eine weit natürlichere und einfachere sein zu müssen.

Es kommt unseres Erachtens nur darauf an, ob das Revokationsrecht ein dingliches oder persönliches ist. Ding-

lich aber ist ein Revokationsrecht, wenn der Revokant entweder Besitzer der Sache bleibt, oder sein Eigenthum der Art ist, daß es ipso jure ohne Besitz entsteht. Daher können fidei commissarii, Legatarii und Lehnssuccessoren, da ihre Rechte ipso jure eintreten, die Verfügungen der Erben und Vasallen stets gegen Dritte anfechten. §. 314. 466. sqq. I. 12. §. 268. 273. 293. I. 18. und von einem solchen Revokations-Rechte handelten auch nur die entgegenstehenden §§. I. — III., denn es soll nach diesen §§. der dinglich Berechtigte nur dann sein Recht verlieren, wenn das Recht der Konstituenten erloschen ist, und das Eigenthum auf einen Andern übergeht.

Ein Recht erlischt aber für den Berechtigten nur dann, wenn es auf einen Andern ipso jure übergeht; sonst kann es nur aufgehoben (rescindirt) werden.

Eine solche Recission kann aber nur durch eine persönliche Klage erfolgen, und dem dritten redlichen Besitzer nicht präjudiciren, wie dies in den 1 — 7 angeführten §§. vollkommen bestätigt wird, welche nur von Recissionen handeln.

Noch weit mehr aber muß, nach dem Gesagten, das von einem unvollständigen Besitzer eingeräumte Recht erlöschen, sobald der unvollständige Besitz selbst aufhört; denn hier ist der vollständige Besitzer, der Revokant, im Besitze der Sache geblieben, und sein Revokationsrecht ist mithin rein dinglich. Deshalb bestimmte auch das A. L. R.:

1) „Uebrigens dauert in allen Fällen das Recht des Unterpächters oder Untermiethers nicht länger, als das des Hauptpächters oder Miethers." §. 321. I. 21. A. L. R.

2) „Doch haftet dem Gläubiger auch alsdann das dingliche Recht, welches der Verpfänder auf die Sache hatte, zu seiner Sicherheit. Die Dauer und Wirkung dieser Sicherheit aber erstrecken sich nicht weiter, als das Recht des Verpfänders selbst." §. 74. 75. 135. I. 20.

Fassen wir nun das bisher Gesagte zusammen; so er-

langen wir das einfache Resultat, daß sowohl das Revokationsrecht des dominium als der jura in re sich nach den allgemeinen Regeln der persönlichen und dinglichen Rechte richtet, und nur wenn es nach diesen als ein dingliches zu erachten ist, auch gegen Dritte wirksam sein kann.

XXXIII. Von der compensatio doli.

In einem Buche, welches neues Leben in die Bearbeitung des A. L. R. gebracht*), ist die Behauptung aufgestellt, daß gegenseitiger dolus im R. R. das betreffende Geschäft ungültig mache, im A. L. R. aber dasselbe bei Kräften läßt, der dolus selbst aber in beiden Rechten sich kompensire. Zur Begründung dieser Ansicht ist für das A. L. R. der §. 36. I. 3. und §. 356. I. 5. und für das R. R. die in den Lehrbüchern über dasselbe ausgesprochenen Meinungen angeführt. Allein schon die Lehrer des gemeinen Rechtes gehen von einem ganz irrigen Gesichtspunkte aus, wenn sie, wie z. B. Thibaut Bd. I. §. 149., behaupten, daß wenn zwei Kontrahentem sich gegenseitig betrügen, der gegenseitige dolus, in so fern er causam dans ist, sich kompensire, und das Geschäft annullire. Die Stellen, auf welche er sich beruft, enthalten hiervon durchaus nichts, vielmehr handeln die allegirten fr. 34. §. 3. und 57. §. 3. Lib. 18. Tit. I. D. nur von dem Falle, daß die Kontrahenten gemeinschaftlich in Beziehung auf einen Dritten dolose gehandelt, z. B. wenn jemand wissentlich von einem Nichteigenthümer eine Sache kauft. Hier soll bei einem etwanigen Schaden, z. B. im Falle einer eviction, kein gegenseitiger Anspruch aus dem Vertrage statt finden, und die Erfüllung, so weit dieselbe geleistet ist, keine Anfechtung erleiden. Ein anderes allegirtes fr. 36. Lib. 4. Tit. 3. D. enthält nur den ganz allgemeinen Satz:

---

*) Bornemanns Rechts-Geschäfte 2te Ausgabe S. 125.

si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non argent.

Bei welcher allgemeinen Ausdrucksweise sich eben so wenig behaupten läßt, daß von einem gegenseitigen, als von einem gemeinschaftlichen dolus die Rede sei. Dagegen ergiebt sich aufs Klarste, daß eine compensatio doli nur bei einem gemeinschaftlichen dolus statt finde, aus folgender Stelle, fr. 4. §. 13. Lib. 44. Tit. 4. D.:

»Marcellius ait adversus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione est, ait enim iniquum esse, communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero cum quo ageretur, poenae esse cum longe aequum sit, ex eo quod perfide gestum est, actorem *nihil* consequi.«

Ganz mit diesem übereinstimmend verordnet das A. L. R. §. 36. I. 3.:

„Unter den Theilnehmern einer gesetzwidrigen Handlung entstehen daraus weder Rechte noch Pflichten"

desgl. §. 23. I. 6.:

„Haben Theilnehmer einer unerlaubten Handlung einander dabei Schaden zugefügt: so muß jeder seinen eigenen Schaden tragen"

wovon auch die §§. 160. I. 11., §. 150. I. 13., §. 252. I. 14., §. 134., §. 963. II. 1. spezielle Anwendung enthalten. Es läßt sich daher auch nicht gut einsehen, wie man den §. 36. I. 3. mit dem §. 357. I. 5. gleichlautend betrachten wollte, und auf Grund dessen die Behauptung aufstellen konnte, daß im A. L. R. der gegenseitige dolos sich kompensire, ohne das Geschäft selbst umzustoßen. Wie es beim gegenseitigen dolus zu halten und der §. 357. I. 5. zu verstehen sei, wollen wir nachher zeigen. Vorläufig genügt es uns, dargethan zu haben, daß der allegirte §. 36. nur vom gemeinschaftlichen dolus handle, und daß die gewöhnlich angegebene Verschiedenheit zwischen dem A. L. R. und dem Römischen Rechte nur auf einem Irrthume beruhe. Da-

gegen scheint folgende Unterscheidung zwischen beiden Rechten hervorgehoben werden zu müssen. Im R. R. genügt es zur compensatio unerlaubter Handlung, daß beide Theile gemeinschaftlich in dolo oder culpa waren, auf den Grad des beiderseitigen dolus wird aber keine Rücksicht genommen. Dagegen muß nach A. L. R. derjenige den Schaden tragen, dessen Schuld die überwiegende ist. Dieser Grundsatz ist zwar nirgends speziell ausgesprochen, wohl aber in mehreren Fällen zur Anwendung gebracht, und es kann kein Bedenken leiden, ihn als Regel aufzustellen.

In diesem Sinne verordnen:

1) die §§. 159. 161. I. 11. A. L. R.:

„Hat der Käufer gewußt, daß er eine fremde Sache kaufe, und muß er diese hiernächst, als unredlicher Besitzer dem wahren Eigenthümer unentgeldlich herausgeben: so kann er dennoch keine Gewährleistung von dem Verkäufer fordern."

„Wird der Käufer blos deswegen, weil er bei der Erkaufung der Sache nicht die gehörige Vorsicht angewendet, in Rücksicht des wahren Eigenthümers, einem unredlichen Besitzer gleich geachtet: so muß ihm der Verkäufer das erhaltene Kaufgeld zurückgeben."

Denn im ersten Falle ist das Verschulden beider Theile gleich, im letzteren Falle aber das des Verkäufers überwiegend.

2) In demselben Geiste verordnen die §§. 251. 253. I. 14. A. L. R.:

„So weit aber die Forderung des Gläubigers an den Hauptschuldner ganz ungültig ist, so weit ist auch die dafür geleistete Bürgschaft unverbindlich."

„Hat der Bürge den Gläubiger durch unwahre Versicherungen verleitet, sich auf einen solchen Vertrag einzulassen, so haftet er demselben für allen daraus entstandenen Schaden als Hauptschuldner."

Denn das Verschulden dessen ist offenbar überwiegend, der einen Andern zu einer unerlaubten Handlung verleitet.

Wenden wir uns nun zum gegenseitigen **dolus**, so ergiebt schon der §. 22. I. 6. A. L. R., daß in der Regel bei diesem keine Kompensatio eintritt. Denn in demselben heißt es:

„Haben zwei oder mehrere einander wechselseitig beschädigt, so haftet jeder dem Andern für den verursachten Schaden nach Maaßgabe der ihm zur Last fallenden Verschuldung."

Diese Bestimmung aber blos auf unerlaubte Handlungen außerhalb des Vertrages zu beschränken, ist auch nicht der entfernteste Grund vorhanden; da in der Regel die Vorschriften des Tit. 6. auch bei Verträgen Platz ergreifen.

Auch ist derselbe Grundsatz bei der Lehre von Verträgen selbst ausgesprochen. Wie dieß aus dem §. 362. I. 5. A. L. R. bei der Unmöglichkeit der Erfüllung erhellt. Dieser §. lautet:

„Fällt beiden Theilen bei der eingetretenen Unmöglichkeit ein gleicher Grad der Verschuldung zur Last, so muß jeder dem Andern den unmittelbar daraus entstehenden Schaden ersetzen."

Daß diese Vorschrift sowohl vom gegenseitigen **dolus**, als gegenseitiger **culpa** handelt, kann wohl nicht bezweifelt werden. Um so weniger, als gar kein Grund vorhanden ist, dasselbe, was von der **culpa** gilt, nicht auch beim **dolus** gelten zu lassen.

Es scheint mir daher auch ganz falsch zu sein, wenn man mit den Kommentatoren des A. L. R. auf Grund des §. 457. I. 5. A. L. R. auch beim gegenseitigen **dolus** unbedingt eine **compensatio** eintreten ließe. Zwar heißt es daselbst:

„Sind von beiden Seiten Betrügereien vorgefallen: so besteht der Vertrag, und keiner von beiden kann gegen den Andern auf Entschädigung antragen."

Dieses kann jedoch, wie es schon die Natur der Sache

mit sich bringt, nur von ganz gleichartigen Betrügereien verstanden werden.

Man muß nämlich nach A. L. R. unterscheiden:

I. einen reinen dolus causam dans, d. h. einen Betrug, wodurch Jemand veranlaßt wird, einen Vertrag wider seinen Willen zu schließen, ohne in der Sache selbst betrogen zu sein, z. B. Jemand wird durch Vorspiegelungen eines zu machenden Gewinnes bewogen, Waaren zu kaufen, die er sonst nicht gekauft haben würde, wobei er aber im Preise selbst nicht übervortheilt worden ist. Von einem solchen Betruge spricht §. 85. I. 4.

II. einen Betrug, wodurch ein wesentlicher Irrthum bei dem anderen Theile erregt worden und der eine Verkürzung zur Folge hatte, ohne daß hierdurch der Vertrag selbst veranlaßt worden wäre. Hiervon spricht §. 86. I. 4.

III. einen Betrug, der nur einen unwesentlichen Irrthum herbeigeführt und nachtheilig für den Irrenden ist, ohne zur Eingehung des Vertrages selbst Anlaß gegeben zu haben. Von diesem Irrthume handelt §. 87. I. 4.

ad I. würde ein gegenseitiger Betrug von beiden Seiten dasselbe Resultat zur Folge haben, nämlich, daß beide Theile ein Geschäft schließen würden, was sie nicht schließen wollten. Hier würde mit Recht eine compensatio eintreten; denn der gegenseitige Schade ist nicht nur ganz gleichartig, sondern auch zugleich durch das eigene Verschulden des Beschädigten mit veranlaßt, weil ohne seinen eigenen Betrug das Geschäft nicht geschlossen worden wäre. Hiervon allein handelt auch nur der §. 357. I. 5., wie die Eingangsworte des §. 349. l. c.

„Jeder Betrug, wodurch Jemand zur Errichtung eines Kontrakts verleitet worden"

ganz deutlich ergeben.

ad II. heißt es dagegen §. 358. l. c.:

„Ist der Vertrag zwar nicht durch Betrug veranlaßt, aber doch der eine Theil dabei von dem andern zu einem solchen Irrthume, welcher die Willenserklärung gänzlich entkräftet, betrüglich verleitet worden: so finden die obigen Vorschriften (§. 349—356) ebenfalls Anwendung."

Daß dieselbe Vorschriften rücksichts eines jeden Theils auch beim gegenseitigen Betrug gelten solle: so daß jeder nach Maaßgabe seines Verschuldens den von ihm zugefügten Schaden vertreten müsse, folgt schon daraus, daß für den gegenseitigen **dolus** in dieser Stelle nichts Besonderes festgesetzt wurde.

Es muß dieses aber um so mehr angenommen werden, als in §. 358. l. c. auf die §§. 349 — 356. Bezug genommen, und gerade der §. 357., welcher von der **compensatio doli** handelt, weggelassen worden ist. Dasselbe muß auch

ad III. gelten; da in beiden Fällen der gegenseitige Schade so ungleich groß sein könne, daß eine **compensatio** zu der größten Ungereimtheit führen würde. Deshalb verordnet auch der §. 359.:

„Ist hingegen der Irrthum, wozu der Betrogene verleitet worden, nicht so beschaffen, daß dadurch die Willenserklärung wegen des Hauptgeschäftes entkräftet werden kann: so ist dennoch der Betrüger zur vollständigen Schadloshaltung verpflichtet."

Was offenbar, wie bereits **ad II.** ausgeführt worden ist, auch beim gegenseitigen **dolus** hinsichts eines jeden Theils gelten müsse.

Aber nicht nur beim gegenseitigen **dolus**, auch bei einer gegenseitigen **culpa**, wie überhaupt bei jedem gegenseitigen Verschulden, tritt nur **compensatio** ein, wenn beiden Theilen gleich viel zur Last fällt.

Dieses ist schon im R. R. anerkannt, wo es **fr. 10. Lib. 16. Tit. 2. D.** heißt:

»**Si ambo socii parem negligentiam so-**

cietatis adhibuimus, dicendum est, desinere nos invicem esse obligatos, ipso jure compensatione negligentiae factae.«

Weit bestimmter aber noch ist es im A. L. R. in folgenden Stellen ausgesprochen: §. 19. 21. I. 6., §. 363. I. 5., §. 79. 80. I. 4., §. 279. I. 20., §. 22. I. 16. Ist aber die culpa des einen Theils überwiegend, so muß dieser, wie bereits beim dolus gezeigt worden ist, allein den Schaden tragen, §. 10. I. 6. Rücksichts des unmittelbaren Schadens wird jedoch dolus und culpa in faciendo für ein größeres Verschulden, als dolus und culpa in omittendo erachtet, §. 18. I. 6. Eine spezielle Anwendung hiervon findet sich §. 312. I. 9.

Fassen wir nun alles bisher Gesagte zusammen: so gewinnen wir die einfache Regel, daß sowohl bei einem gemeinschaftlichen, als bei einem gegenseitigen Verschulden eine compensatio nur dann Platz ergreife, wenn beide Theile ein in jeder Beziehung ganz gleicher Vorwurf trifft, sonst aber bei einem gemeinschaftlichen Verschulden jedes Uebergewicht der Schuld die Mitschuld des Andern absorbirt, während bei einem gegenseitigen Verschulden jeder Theil sein Vergehen zu vertreten hat.

XXXIV. Vom Mangel und der Mangelhaftigkeit der schriftlichen Form.

Welche Folgen die nicht Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen bei den einzelnen Verträgen herbeiführen, ist in den Gesetzen nicht speziell genug angeordnet, und so konnten vielfache Kontroversen hierüber nicht ausbleiben. Unzweifelhaft scheint es indeß, daß die unterlassene schriftliche Form mindestens eine obligatio naturalis erzeugt, und daher wird auch der Vertrag vollkommen rechtsbeständig, wenn von beiden Theilen erfüllt ist. Eben so steht, wenn nur ein Theil erfüllt hat, dem Empfänger die

Wahl zu, ob er das Erhaltene zurückgeben, oder auch seiner Seits erfüllen will, während der Geber nur auf Rückgabe klagen kann, wenn die Erfüllung ihm verweigert worden ist. Nur wenn erst theilweise erfüllt worden ist, hat auch der Geber die Wahl, ob er bei dem Vertrage stehen bleiben, oder das Geleistete zurückverlangen will. §. 156. 161. I. 5. Diese Ansicht, welche auch von Sievert, Grävell, Bielitz und Arends *) ausgesprochen ist, wird mit Unrecht von Bornemann **) bekämpft.

Nach §. 155. I. 5. soll nur aus mündlichen Verträgen, welche schriftlich hätten sein müssen, keine Klage statt finden. Es ist also mithin, wie bei einer jeden **obligatio naturalis**, nur die Entziehung der Klage, der einzige Nachtheil, welchen die Gesetze an die Verabsäumung der gesetzlichen Form knüpfen, wo es aber zur Geltendmachung der Verbindlichkeit keiner Klage bedarf, kann auch die volle Wirksamkeit der eingegangenen Verpflichtung nicht versagt werden. Einer Klage bedarf aber der nicht, welchem bereits erfüllt worden ist, und so muß er auch im Besitze des Empfangenen geschützt werden, sobald er seiner Seits seiner Verbindlichkeit nachkommen will. Weigert er dagegen sich seine Verpflichtung zu erfüllen, und will er das Erhaltene zurückgeben, so muß ihm auch hierin willfahren werden. Um die Erfüllung zu erzwingen, würde es einer Klage bedürfen, und diese kann dem Geber wegen Mangels der schriftlichen Form nicht ertheilt werden.

Ein Anderes ist es freilich, wenn erst zum Theile erfüllt worden wäre. Hier würde auch der Empfänger einer Klage bedürfen, um die vollständige Erfüllung auszuwirken, und da ihm eine solche nicht zukommt, und eine völlige Erfüllung seiner Seits gegen die nur theilweise erhaltene Gegenleistung nicht zu erwarten steht, so muß auch dem Geber der Rücktritt frei stehen.

---

*) Neues Archiv für Preußisches Recht Heft 1. S. 132.

**) Bd. II. S. 467.

Wenn Bornemann auch bei einer vollständigen Erfüllung dem Geber die Wahl läßt, und als Grund angiebt, weil sonst die Lage beider Theile ungleich, und der Empfänger weit begünstigter sein würde; so scheint dieses mir unrichtig zu sein. Das Gesetz hat beide Theile ganz gleichgestellt, indem es beiden die Klage völlig abgesprochen, der Theil, welcher erfüllt setzt sich erst durch seine eigene Handlung in eine ungleiche Lage, in welche auch der andere gekommen sein würde, wenn er mit der Erfüllung den Anfang gemacht haben würde.

Fraglicher dürfte es erscheinen, ob nur der Naturalübergabe, oder auch der traditio brevi manu und dem constitutum possessorium dieselbe Wirkung beizulegen sei. Nach meinem Dafürhalten dürften die §§. 146. 156. 161. nur von einer körperlichen Uebergabe zu verstehen sein. Die in den beiden letzteren Stellen gebrauchten Ausdrücke „gegeben" und „angenommen" können offenbar nur eine Naturalübergabe bezeichnen, und spricht auch die ratio legis ganz klar dafür.

Die Gesetze geben dem naturaliter Verpflichteten nur das Recht die Erfüllung zu verweigern, hat er aber von dieser Befugniß keinen Gebrauch gemacht, und die Erfüllung freiwillig geleistet, so kann er auch ferner auf die Gesetze sich nicht berufen. Eben so wenig, als derjenige, welcher sonst eine moralische Verbindlichkeit erfüllt hat, das Geleistete mit der condictio indebiti zurückfordern kann. Ganz anders aber ist es, wenn der Berechtigte wie bei der traditio brevi manu, sich bereits im Besitze befunden, oder der Verpflichtete im Besitze geblieben, wie dieses beim constitutum possessorium der Fall ist. Hier ist zu der formlosen Verabredung gar kein neues factum hinzugekommen, und es ist daher nicht gut einzusehen, weshalb die an und für sich ungültige Verbindlichkeit nunmehr wirksam sein soll. Beim constitutum possessorium erscheint dieses um so weniger annehmbar, als hier der Verpflichtete noch im Besitze sich befindet, und mithin der Berechtigte erst auf

Erfüllung klagen müßte, eine Klage aber ihm sowohl im §. 86. Einl. als auch im §. 255. I. 5. abgesprochen wird. Aber auch bei der **traditio brevi manu** kann die formlose Verabredung von keiner Wirkung sein. Die Einhaltung der Leistung würde am Ende nur die Ausübung eines Retentions-Rechtes sein, welches aber nach §. 86. Einl. bei einer unvollkommnen Verbindlichkeit nicht statt findet.

Eine noch zweifelhaftere und vielfach besprochene Frage ist es, ob ein schriftlicher Vertrag, der nur von einem Theile unterschrieben ist, volle Wirkung habe *). Meines Erachtens muß zwischen einseitigen und zweiseitigen Geschäften unterscheiden. Bei den ersteren bedarf nur ein Theil des Beweises, und da die schriftliche Form nur des Beweises wegen da ist, so genügt auch vollkommen die Unterschrift des Theiles, gegen den der Beweis erforderlich ist. Demgemäß genügt beim Darlehne die bloße Unterschrift des Schuldners, denn die Schrift soll ihrem Hauptinhalte nach nur ein Beweis-Mittel für den Gläubiger abgeben. Aus gleichem Grunde vertritt die Annahme einer vom Machtgeber unterschriebene schriftliche Vollmacht, die Stelle des schriftlichen Vertrages, denn die Vollmacht soll blos zur Legitimation des Mandatars dienen, da der einseitige Rücktritt nach der Natur dieses Geschäftes stets zuläßig ist, und die Ausschließung desselben nicht Gegenstand des Vertrages sein kann.

Aber auch bei zweiseitigen Geschäften muß die Unterschrift eines Theiles genügen, wenn der nicht unterschriebene bereits erfüllt hat, und nur die Gegenleistung noch nicht erfolgt ist. Denn hier ist der Geber, wie bereits oben gezeigt worden ist, schon durch die Erfüllung gebunden, und es bedarf nur noch des Beweises gegen den Empfänger, welcher durch seine Unterzeichnung des Dokumentes vollkommen erreicht wird.

---

*) Bornemann Bd. II. S. 467.

Demgemäß verordnet auch der §. 554. I. 11. daß das Loos die Stelle des schriftlichen Vertrages vertreten soll, und aus keinem anderen Grunde ersetzt auch der Pfandschein die Stelle des Vertrages §. 95. I. 20. Auch hier bedarf nur der Schuldner des Beweises, denn der Gläubiger ist schon durch den Besitz des Pfandes gesichert. Es dürfte vielleicht noch die Argumentation zu entkräften sein, die Bornemann aus dem §. 393. I. 11. zu entnehmen sucht; allein dieser §. bestimmt blos, daß der cessionar das Eigenthum der Forderung mit Aushändigung des Cessions-Dokumentes erhält, woraus allerdings folgt, daß der Cedent durch den von ihm unterschriebenen Cessions-Schein gebunden wird. Ob aber auch der cessionar hiedurch verpflichtet wird, die übernommene Verbindlichkeit einzugehen, ob er nicht berechtigt sei, in Ermangelung eines von ihm unterschriebenen Vertrages, zurückzutreten, und das ihm ausgehändigte Dokument zu retradiren dürfte mindestens sehr zweifelhaft sein.

Wenn nun aber aus allen bisher angeführten Stellen nichts für die entgegengesetzte Ansicht folgt; so dürfte Folgendes desto mehr dagegen sprechen:

1) verordnet der §. 172. I. 5.:

> Personen, welche durch einen Zufall verhindert sind zu schreiben, müssen ihre Verträge gerichtlich oder notariell errichten.

Wäre aber, wie Bornemann behauptet, die Unterschrift eines Theiles hinreichend, so würde es ja genügen, wenn der Eine beide Verträge unterschriebe, und ein Exemplar dem Anderen aushändigt.

2) heißt es bei Punktationen ausdrücklich, daß nur eine von beiden Theilen unterschriebene Punktation mit einem förmlichen Vertrage von gleicher Wirkung sei. §. 120. I. 5.

3) wird nach §. 123. u. 124. I. 5. der Richter autorisirt denjenigen, welcher die Punktation unterschrieben, den Vertrag aber zu unterschreiben sich weigert, hiezu

zu zwingen. Eines solchen Zwanges bedürfte es aber gar nicht, wenn schon die Unterschrift des einen Theiles genügte.

4) heißt es §. 185. I. 5. daß nur derjenige, welcher zu einem mündlichen Vertrage schriftlich sich bekannt hat den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen kann, woraus, wie auch Bornemann zugesteht, implicite folgt, daß der andere Theil allerdings den Vertrag anfechten kann.

5) ist in den Materialien *) auf die aufgeworfene Frage ob der Vertrag schon durch die einseitige Unterschrift, oder erst durch die Unterschrift beider Theile bindend sein soll, von Goßler hierauf erwiedert worden „das Letzte scheint unbedenklich."

Hienach dürfte nun wohl kein Grund zu der Annahme vorhanden sein, den von einem Theile unterschriebenen Vertrag für rechtsbeständig zu erklären, und so dürften hiemit die Streit-Fragen über Mangel und Mangelhaftigkeit der schriftlichen Form erledigt erscheinen. Noch dürfte vielleicht die Frage berührt werden, ob mündliche Nebenabreden bei schriftlichen Verträgen durch die erfolgte Erfüllung wirksam werden können. Nach meinem Dafürhalten dürfte dieß unbedenklich sein. Immer erzeugt eine ausdrücklich übernommene Verbindlichkeit, wenn auch die Uebernahme in mangelhafter Form geschehen, eine moralische Verbindlichkeit, und so kann auch nach der allgemeinen Regel die Erfüllung weiter nicht angefochten werden.

XXXV. Von der Verjährung rechtsanhängig gewesener Klagen.

Nach R. R. verjähren bekanntlich dergleichen Klagen von dem Zeitpunkte der letzten gerichtlichen Handlung ange-

*) Bornemann Bd. II. S. 466. Nota 1.

rechnet in 40 Jahren, ohne Rücksicht ob die Klage eine temporalis oder perpetua ist. C. 9. VII. 39. C. 1. §. 1. VII. 40. Das A. L. R. verordnet dagegen §. 554. I. 9.:

> „Wird die gehörig angemeldete Klage nicht nach Vorschrift der Gesetze verfolgt; so fängt von dem Tage an, wo der Kläger die Sache hätte fortsetzen können und sollen, eine neue Verjährung wider ihn an,"

und da diese Vorschrift in der Lehre von der Verjährung durch Nichtgebrauch sich findet, deren gewöhnlicher Zeitraum 30 Jahre ist; so muß man annehmen, daß auch eine rechtsanhängig gewesene Klage keiner längeren Verjährungsfrist, als der 30jährigen bedarf.

Streitig aber ist es in der Praxis, ob auch solche Klagen, die sonst in einem kürzeren Zeitraum verjähren, durch die eingetretene Rechts-Anhängigkeit, erst in 30 Jahren verjähren, oder ob die neue Verjährung, deren das A. L. R. erwähnt, nur eine Wiederholung der früheren Verjährungsfrist bezeichnet. Die gewöhnliche Meinung ist für das Letztere, jedoch ohne Grund. Schon die Analogie des R. R. muß uns bestimmen, für die 30jährige Verjährung zu entscheiden, und zwar dies um so mehr, als der Grundsatz des R. R., wonach durch die litis contestatio eine novatio necessaria eintritt, auch im A. L. R. angenommen zu sein scheint, wie dies hinsichts der Erblichkeit der Klagen mehrfach ausgesprochen ist, indem Klagen, die sonst nicht auf die Erben übergehen, nach eingetretener Rechts-Anhängigkeit auf die Erben transmittirt werden können, ganz wie es das R. R. vorschreibt. Unzweifelhaft wird es aber durch folgende §§. des A. L. R.

I. Bestimmt der §. 908. II. 8. hinsichts der Wechselklage, welche gewöhnlich in einem Jahre verjährt:

> „Durch gerichtlich angestellte Klage wird die Wechselkraft gegen den beklagten Schuldner so lange erhalten, bis das Instrument auch als Schuldschein verjährt ist;"

II. der §. 1131. eod.

„Ist aber dies geschehen, und die Klage gehörig eingehändigt worden, so wird dadurch das Wechselrecht gegen den Beklagten so lange, bis der Wechsel auch als Schuldschein verjährt ist, erhalten;"

III. verordnet der §. 1218. eod.:

„Daß bei den trocknen Wechseln, wenn die Einhändigung der Klage nicht zu bewerkstelligen war, schon das bloße Attest des Richters über die Anbringung der Klage die Wechselkraft so lange erhält, bis das Instrument auch als Schuldschein verjährt ist;"

IV. heißt es §. 2356. eod. hinsichts der Klage aus dem Versicherungs-Vertrage, welche resp. in 6 Monaten einem Jahre oder zweier Jahre verjährt.

„Ist die Verjährung einmal unterbrochen, so dauert der Anspruch dreißig Jahre."

Was nun aber von Wechselklagen und Versicherungs-Verträgen gilt, muß um so mehr bei allen andern Arten von Klagen gelten, als die Gesetze in jeder Hinsicht bemüht sind, die Wechselstrenge, so viel als möglich zu beschränken, und mithin, rüsichts der Verjährung, gewiß nicht ausnahmsweise eine solche ungebührlichr Ausdehnung geben würden.

Noch eine größere Begründung dürfte das Gesagte in Folgendem finden.

Nach §. 552. I. 9. soll jede Klage, welche bei einem ungehörigen Richter angebracht worden ist, so weit die Verjährung unterbrechen, daß sie innerhalb Jahresfrist noch bei dem gehörigen Richter angemeldet werden könne. Wollte man nun annehmen, daß, wenn eine angestellte Klage nicht fortgesetzt wird, nach §. 554. die frühere Verjährung von Neuem anfange, so müßte dieß die seltsamsten Resultate herbeiführen; so würde z. B. die actio redhibitoria nach §. 344. I. 5., wenn sie bei einem gehörigen Richter angestellt, und nicht fortgesetzt wird, bei Mobilien innerhalb 3, und und bei städtischen Grundstücken innerhalb 6 Monaten verjähren, während, wenn sie bei einem ungehörigen Richter

angestellt und nicht fortgesetzt worden wäre, nach §. 552. I. 9. erst in einem Jahre verjähren würde. Nun liegt es zwar nicht außer dem Bereiche der Möglichkeiten, daß die Redaktoren eine solche Inkonsequenz übersehen haben könnten; allein diese Inkonsequenz würde nur dann vorhanden sein, wenn man sprachwidrig die Worte des §. 554.: „so fängt eine neue Verjährung an," mit: „es fängt die Verjährung von Neuem an," nimmt. Zu Gunsten einer solchen sprachwidrigen Interpretation, dürfte man aber schwerlich die Redaktoren den oben gerügten Vorwurf treffen lassen. Zumal in den Fällen, wo die Verjährung von Neuem beginnen solle, es auch klar ausgesprochen wird; z. B. beim Anerkenntnisse, wo es §. 563. I. 9. heißt:

> „Von der Zeit einer solchen Unterbrechung kann sie jedoch von Neuem angefangen werden;"

desgleichen §. 652. I. 9. Dagegen heißt es §. 558. I. 9.:

> „Auch, wenn ihm das eingeklagte Recht durch ein rechtskräftiges Urtheil wirklich zuerkannt worden, kann dennoch eine neue Verjährung durch Nichtgebrauch wider ihn anfangen."

Da nun gegen eine **res judicata**, nach der Meinung Aller, nur eine 30jährige Verjährung statt finden könne, die hier gebrauchten Ausdrücke aber dieselben des §. 554. sind, und die Anfangsworte: „Auch wenn" ganz darauf hindeuten, daß selbst bei einer **res judicata** dasselbe statt finden solle, was §. 554 und 556. l. c. vorgeschrieben ist, so kann es keinen Zweifel leiden, daß auch im §. 554. unter der neuen Verjährung nur eine 30jährige Verjährung gemeint sei, ohne Rücksicht darauf, welche Verjährungs-Frist sonst bei nicht erfolgter Unterbrechung Platz ergriffen haben würde.

Die hier vorgetragene Ansicht ist übrigens auch durch ein Ministerial-Rescript vom 11ten Sept. 1832. ausgesprochen*), und hat auch mehrere Vertheidiger in der J. Z. ge-

---

*) v. Kamptz Jahrb. Bd. 40. S. 169.

funden *), dagegen hat sich Bornemann **) und Bielitz dawider erklärt. Die Materialien des A. L. R. sprechen indeß ganz für unsere Ansicht; indem aus denselben vielfach hervorgeht, daß man anfangs sogar der Meinung gewesen, bei rechtsanhängig gewesenen Sachen eine 40jährige Verjährung, wie im R. R. zuzulassen, wie folgende Stellen zeigen:

1) sagt Suarez ***) im ersten Entwurfe auf die Bemerkung eines Monenten:

„Hr. Scholz meint: von dem actu müsse die Verjährung wieder zu laufen anfangen, dauern aber alsdann 40 Jahre.

Ich trete dieser Meinung in so weit bei, als die Parteien aufgehört haben, die Sache zu betreiben."

2) heißt es in einem monitum zu §. 438. ****):

„Wenn aber eine Partei binnen vierzig Jahren nach erhobener Klage die Beendigung der Sache nicht weiter urgirt hatte, so wird alsdann doch wegen einer Nachlässigkeit die Verjährung wider sie stattfinden müssen."

Wenn nun auch diese Meinungen in das A. L. R. nicht übergegangen sind, so kann man doch nur annehmen, daß die Singularität der 40jährigen Frist weggelassen worden sei, keinesweges aber hieraus den Schluß ziehen, daß durch die litis contestatio nur die frühere Verjährungs=Zeit, und wäre sie auch noch so kurz, von Neuem beginne.

Nur bei eigentlichen Fristen kann dieses wie Hr. P. R. sehr treffend bemerkt, zugegeben werden, und in der That würden auch die meisten Schwierigkeiten fortfallen, wenn man sich erst den Unterschied zwischen Verjährung und Frist klar gemacht.

---

*) Jur. Zeit. III. S. 249. 4. S. 104.

**) Bd. II. S. 140.

***) Simon u. v. Strampfs Zeitschr. Bd. II. S. 468.

****) l. c. S. 525.

XXXVI. Berechtigt metus, dolus und error nach A. L. R. zu einer persönlichen oder dinglichen Klage?

Herr K. G. R. Bornemann hat in seiner Schrift über Rechtsgeschäfte S. 111. u. 139. zum Theil gegen Grävell und Bielitz die Behauptung aufgestellt, daß dolus und metus nur zu einer actio in personam berechtigen. — Diese Ansicht ist wenigstens hinsichts des metus, woselbst nach R. R. in rem geklagt werden konnte fr. 14. §. 5. D. lib. IV. tit. 2. ganz neu, und es dürfte eine Prüfung derselben daher eine Entschuldigung verdienen, wenn überhaupt, das Bezweifeln einer Ansicht eines geistreichen und gründlichen Gelehrten, einer Entschuldigung bedarf. — Meines Erachtens ist die Ansicht des Herrn B. unrichtig.

Sein einziges Argument ist, daß der Gezwungene und Betrogene mit seinem Willen den Besitz aufgiebt, denn coactus voluit, nach A. L. R. §. 1. Tit. 15. Th. 1. aber nur derjenige in rem klagen könne, welcher ohne seinen Willen aus dem Besitz gekommen.

Die Phrase coactus voluit ist aber nur einmal zufällig im R. R. erwähnt, und als eine verwerfliche fr. 21. §. 5. D. lib. IV. tit. 2. vergl. fr. 85. de adquir. hered. und es hätte demnach nachgewiesen werden müssen, daß die Redaktoren des A. L. R., welche bekanntlich angewiesen waren, von den Subtilitäten des gemeinen Rechts sich fern zu halten, dennoch diese von den Römischen Juristen verworfene Spitzfindigkeit in Ehren wieder aufgenommen haben.

Aber selbst von dieser Interpretation des §. 1. Tit. 15. Th. 1. abgesehen, läßt sich nach meinem Dafürhalten jene Behauptung nicht vertheidigen.

Nach R. R., wo bekanntlich dolus und mala fides der Erwerbung des Eigenthums nicht entgegenstehen, indem nur auf die Form der Erwerbs-Art, nicht aber, mit Ausnahme der Verjährung, auf die bona fides gesehen wird,

wo der unredliche troß seines **dolus**, durch **Adjunctio**, **Specificatio** und **Traditio** Eigenthum erwerben kann, (Wening §. 29. 39. 57. B. II. Cap. II. Th. 1.) und nur persönlich wegen seiner Unredlichkeit sich verpflichtet, ist es sehr natürlich, daß derselbe auf Dritte Eigenthum überträgt und hierdurch die R. V. ganz ausschließt. Es wird daher nur ausnahmsweise **propter metum** eine **actio in rem scripta** ertheilt. — Nach A. L. R. hingegen wo der Unredliche weder durch **Occupatio**, **Specificatio**, **Adjunctio** oder **Traditio** Eigenthum erwerben kann, §. 12. 13. 299. 307. Tit. 9. §. 10. 24. 25. Tit. 10. Th. 1. wo der **dolus** sogar die Erwerbung eines jeden Rechtes verhindert, §. 35. Tit. 3. Th. 1., kann unmöglich Jemand an unrechtmäßig erworbenen Sachen auf Dritte Eigenthum übertragen, und so muß die betrugs- oder zwangsweise entzogene Sache von jedem dritten Besitzer zurückgefordert werden können. Aber auch, wenn der Dritte von dem Betrogenen oder Gezwungenen selbst die Sache im guten Glauben erhalten hätte, würde dennoch der Geber zur Rückforderung berechtigt sein, sobald nur nachgewiesen werden könnte, daß die Entäußerung derselben durch Zwang oder Betrug eines Anderen bewerkstelligt worden sei. Die Dinglichkeit des **dolus** und **metus** läßt sich nämlich zweifach denken. Es kann entweder durch den Betrüger oder Zwingenden die Sache mittelbar in die Hände eines dritten redlichen Besitzers gelangt sein, oder der Betrogene oder Gezwungene ist bewogen worden, unmittelbar einen Dritten die Sache zu überlassen, welcher von dem vorgefallenen Betruge keine Kenntniß gehabt, oder von dem stattgehabten Zwange nicht unterrichtet gewesen. Im R. R. wo **dolus** nur einen persönlichen Anspruch erzeugt, findet in beiden Fällen keine Rückforderung statt, und man kann sich lediglich an den Betrüger halten, dagegen kann mit der **actio quod metus causa**, da sie **in rem** geht, in beiden Fällen die Sache vom redlichen Besitzer zurückgefordert werden. Im A. L. R. muß dagegen in beiden Fällen, sowohl beim **dolus**, als bei **metus**, das Rück-

forderungs=Recht angenommen werden. Für den Fall, daß der Dritte mittelbar in den Besitz der Sache gelangt sei, ergiebt sich dieses, wie oben gezeigt worden ist, schon aus den allgemeinen Grundsätzen, und für den zweiten Fall, wo der Dritte unmittelbar in den Besitz gekommen, ist es speziell vorgeschrieben.

Denn es verordnet rücksichts des Zwanges §. 42. Th. 1. Tit. 4. übereinstimmend mit fr. 14. §. 3. lib. 4. tit. 1. D.:

„Erzwungene Willenserklärungen sind auch alsdann ungültig, wenn die Gewalt oder der Zwang nicht von dem, zu dessen Vortheil die Erklärung gereichen soll, sondern von einem Dritten, verübt worden."

Daß hier nicht von bloßer Annullirung des Vertrages, sondern auch von einer Rückforderung des Gegebenen die Rede ist, geht vollkommen aus §. 209. Th. 1. Tit. 16. hervor, in welchem es heißt:

„Wie weit abgenöthigte Verträge ungültig sind, und also das daraus Gegebene zurückgefordert werden könne, ist gehörigen Orts bestimmt. §. 31. sqq. I. 4. *)"

Eben so klar wird dasselbe, hinsichts des dolus §. 89. Th. 1. Tit. 4. bestimmt, welcher lautet:

„Hat ein Dritter den Erklärenden ohne Zuthun des Anderen, zu dessen Gunsten die Erklärung geschieht, hintergangen, so entscheidet ebenfalls die Beschaffenheit des Irrthums, zu welchem der Erklärende verleitet worden, ob derselbe an seine Willenserklärung in Ansehung des Hauptgeschäftes gebunden sei oder nicht."

Wäre nun die Ansicht derer richtig, welche behaupten, daß die Ansprüche aus dem Betruge rein persönlich sind,

*) Es ist daher unrichtig, wenn Thöne mir in seinen Fundamentallehren entgegensetzt, daß der §. 42. l. c. von keiner Rückforderung spricht. Ganz besonders aber ergiebt sich die Richtigkeit meiner Behauptung aus fr. 14. §. 3. lib. 4. tit. 2. D., wovon der §. 42. nur eine Uebersetzung ist.

so müßte, wie im R. R. wo dolus nur zu einer actio personalis berechtigt — das Geschäft bei Kräften bleiben, und der Betrogene nur eine Entschädigungsklage gegen den Betrüger haben.

Aber auch der erste Fall findet, mindestens hinsichts des dolus, seine Bestätigung in speziellen Vorschriften, besonders durch §. 184. I. 7.

Wonach jeder zeitige Besitzer seinen Besitztitel anzugeben verbunden ist, wenn Jemand nachweisen kann, daß ihm früher der Besitz der streitigen durch Betrug entzogen worden ist, welche Bestimmung gar nicht statt finden könnte, — wenn der Betrogene überhaupt gegen den Dritten nicht auftreten dürfte. Daß aber diese Bestimmung nicht nur für den Besitz, sondern auch für die R. V. gegeben ist, geht deutlich genug daraus hervor, daß der angeführte §. bei der Verfolgung des Eigenthums §. 33. Tit. 15. Th. 1. allegirt ist. Ueberdieß ist für einen speziellen Fall ganz bestimmt verordnet, daß der Betrogene auch gegen den dritten redlichen Besitzer auf Herausgabe der vom Betrüger erhaltenen Sachen klagen kann. Denn es verordnen die §§. 55. 56. Th. 1. Tit. 50.

„Hat hingegen der Fremde Kontrahent um die Insolvenz des Gemeinschuldners gewußt, so soll dergleichen Geschäft in Ansehung der Kreditoren für ungültig geachtet werden; und sollen daher die Gläubiger von Fremden die angegebenen, cedirten, oder sonst veräußerten Sachen, nebst allen davon in der Zwischenzeit etwa gezogenen Nutzungen, zurückzufordern berechtigt; dagegen aber auch demselben alles dasjenige zu erstatten schuldig sein, was aus einem solchen Geschäfte zur Masse geflossen ist, in so fern der Nutzen ganz oder zum Theil in der Masse erweislich noch vorhanden wäre."

„Eben diese Verordnung soll Statt finden, wenn auch die von dem Gemeinschuldner, zur Verkurzung

seiner Gläubiger, veräußerte Sachen sich in den Händen eines dritten Besitzers befände. Doch bleiben dem dritten redlichen Besitzer einer solchen Sache, ingleichen demjenigen, der, auf dem Glauben des Hypothekenbuchs, sich in gerichtliche Verhandlungen über dieselbe redlicher Weise eingelassen hat, seine Rechte vorbehalten."

Dieses für eine Ausnahme zu halten, ist auch der entfernteste Grund nicht vorhanden und man kann mit weit größerm Rechte annehmen, daß diese Stelle eine spezielle Anwendung der allgemeinen Regel enthält. — Aus diesem Allen geht genugsam hervor, daß **metus** und **dolus** zu einer R. V. berechtigen, welches nach A. L. R. um so mehr anzunehmen ist, als nach demselben dem redlichen Besitzer von dem Vindikanten das **pretium** restituirt werden muß.

Nur beim Irrthume läßt sich mit einiger Bestimmtheit annehmen, daß er nur zu einem persönlichen Anspruche berechtige. Für den Fall der gerichtlichen Veräußerung ist mindestens speziell vorgeschrieben, daß wenn der Richter bei der Veräußerung ein wesentliches gesetzliches Erforderniß verabsäumt hätte, die Interessenten vom dritten redlichen Besitzer die Sache zurückzufordern nicht berechtigt sein sollten. Denn es verordnet der §. 356. I. 11.:

„Das Recht des Dritten, an welchen die Sache von dem, der sie, als Meistbietender erstanden hatte, gelangt ist, kann nur alsdann angefochten werden, wenn er überführt werden kann, den vorgefallenen Fehler zur Zeit der Ansichbringung gewußt zu haben."

In der That hat auch die Ausschließung der dinglichen Klage beim Irrthume einigen Grund. Der Erwerbende ist hier **in bona fide** gewesen, und muß demnach, trotz des stattgehabten Irrthums, Eigenthum erworben haben. Ist aber dieses der Fall, so hat er auch auf dem Dritten Eigenthum übertragen, und es kann diesen, der aus dem Irrthume hergenommene persönliche Anspruch, nicht weiter tangiren.

XXXVII. Von der Kollision der Rechte.

Wenn mehrer Personen ein und dasselbe Recht redlicher Weise solidarisch erworben haben; so kann es oft zweifelhaft sein, wem das Recht zuzusprechen sei. Das Allgem. Landrecht bestimmt zwar in §. 95. Einl., daß in einem solchen Falle das schwächere Recht dem stärkeren weichen soll. allein hierdurch ist die Frage nur weiter hinausgeschoben; denn es frägt sich nun wieder, welches Recht als das stärkere zu erachten ist. Es kann indeß keinem Zweifel unterworfen sein, daß:

1) der Unredliche dem redlichen stets weichen, und
2) dingliche Rechte den persönlichen vorgezogen werden müssen, und daß ferner
3) wenn beide Rechte gleichmäßig sind, dasjenige weichen müsse, welches von einem Unberechtigten ertheilt ist.

Diese Grundsätze reichen aber auch unseres Erachtens hin, jeden zweifelhaften Fall dieser Art zu schlichten.

Den ersten Grundsatz anbelangend, so findet er schon seine vollkommene Rechtfertigung in dem §. 35. I. 3. nach welchem der Unredliche niemals Rechte erwerben kann. Hinsichts der Kollision der Rechte wird jedoch noch auf die Art der mala fides zu sehen, und hiebei zu unterscheiden sein, ob ein dolus oder bloße culpa derselben zu Grunde gelegen. Während sonst schon der bloße Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes eine mala fides erzeugt, und derjenige, welcher aus bloßem Versehen eine fremde Sache an sich gebracht, für einen unredlichen Besitzer erachtet wird *), macht bei einer Kollision nur derjenige eine Unredlichkeit sich schuldig, welcher die einem Anderen auf eine Sache zustehenden Rechte wohl kennend, dennoch dieselbe an sich gebracht und vorzuenthalten sucht. Mindestens ist

*) §. 15. u. f. I. 7.

in allen hierüber sprechenden Stellen *), nur von einem solchen Besitzer gesagt, daß er die von ihm gekannten Rechte anzuerkennen gehalten sei. Die bloße Zweifelhaftigkeit eines Rechtes steht dagegen dem Erwerber nur in so fern entgegen, als sie aus dem Hypothekenbuche zu ersehen gewesen **). Auch ist, wie dieses zum Theile sich schon von selbst versteht, die Unredlichkeit nur dann vom Einflusse; wenn sie schon zur Zeit der Erwerbung vorhanden gewesen, eine **mala fides superveniens** schadet durchaus nicht.

Was den zweiten Grundsatz betrifft, so ergiebt er sich schon aus der Natur der persönlichen Rechte. Denn da ein persönliches Recht gegen den dritten redlichen Besitzer gar nicht verfolgt werden kann, und ein dinglich Berechtigter nothwendig eine **possessio** oder **quasipossessio** erlangt haben muß, und mithin zu dem persönlich Berechtigten in dem Verhältnisse eines dritten steht; so kann von einer Kollision zwischen beiden nicht die Rede sein.

Selbst angenommen, der dinglich Berechtigte hätte von einem Unberechtigten sein Recht redlicher Weise erworben; so wird der persönlich Berechtigte dennoch nur seinen Auctor zur Klage anhalten können, und alsdann wird über die die Kollision dinglicher Rechte zu entscheiden sein. Nehmen wir aber den Fall, daß beide von einem Auctor ihre Rechte herleiten; so fällt völlig jede Klage gegen den dinglich Berechtigten weg. Denn hätte auch der Auctor das persönliche Recht zuerst eingeräumt, so blieb er doch noch immer Eigenthümer, und konnte mithin dem Dritten dingliche Rechte einräumen, ohne seine persönliche Verpflichtung auf denselben mit zu übertragen. §. 3. I. 19. Uebrigens wird der Grundsatz, daß das persönliche Recht, ohne Rücksicht auf die Zeit der Bestellung, dem dinglichen weichen müsse, mehrfach im A. L. R. ganz speziell anerkannt. §. 23. 19. I. 10.

*) §. 10. 11. 24. 25. I. 10. §. 261. 356. I. 11. §. 5. I. 19.
**) §. 11. I. 10.

§. 4. I. 19. §. 814. II. 8. §. 458. I. 18. §. 589. 20. §. 359. I. 21.

Das Gesagte muß auch bei unbeweglichen Sachen gelten; dann ist einem der Prätendenten der Besitz eingeräumt worden, so kann der blos persönlich Berechtigte gar nicht klagend gegen denselben auftreten, und es erscheint wohl gegründet, wenn Hr. K. G. R. Rinteln *) den §. 23. I. 10. auch von Immobilien versteht. Dieser verordnet nämlich:

„Ist aber einem unter diesen mehreren Prätendenten der Besitz der Sache eingeräumt worden, so schließt dieser die Eigenthums-Ansprüche der übrigen aus, ohne Rücksicht auf die Zeit, wenn dieselben entstanden sind."

Bei dieser allgemeinen Fassung darf das Marginale, welches blos von beweglichen Sachen spricht, allerdings nicht entscheidend sein, und bei Immobilien diese Vorschrift nicht ausschließen. Zumal man hiebei mit den ersten und allgemeinsten Grundsätzen des Rechtes im Widerspruche gerathen würde. Nur wenn von einem Unberechtigten, der auch nicht im Hypothekenbuche eingetragen wäre der Besitz eingeräumt sein sollte, dürfte derselbe nicht entscheiden. Die Erwerbung gegen das Hypothekenbuch würde nach §. 11. I. 10. den Besitzer unbedingt zum unredlichen machen, und als solcher müßte er freilich dem redlichen Erwerber weichen, wenn auch diesem nur ein persönliches Recht zustände. Deshalb verordnet auch der §. 18. I. 10. indistincte:

„Wenn verschiedene Personen einen an sich rechtsgültigen Titel zur Erwerbung des Eigenthums einer unbeweglichen Sache erhalten haben; so geht derjenige, dessen Titel von dem im Hypothekenbuche eingetragenen Eigenthümer herrührt, den übrigen vor."

Ein Anderes wäre es freilich, wenn der Eingetragene

---

*) v. Kamptz Jahrb. Bd. 30.

nicht Eigenthümer gewesen, wo wiederum der Besitz ent-entscheiden würde.

Gehen wir nun zu dem dritten Grundsatze über, so ist er in folgenden Bestimmungen klar ausgesprochen:

1) „Bei beweglichen Sachen hat unter mehreren, welche auf das Eigenthum aus einem an sich rechtsgültigen Titel Anspruch machen, derjenige, dessen Titel von dem bisherigen wahren Eigenthümer herrührt, der Regel nach den Vorzug.“ §. 21. I. 10.

2) „Hat der Machtgeber den Bevollmächtigten von den Unterhandlungen, in die er selbst über das Geschäft mit einem andern getreten ist, nicht benachrichtigt; so gilt die Verhandlung des Bevollmächtigten, wenn sie auch später, als die des Machtgebers abgeschlossen wäre.“ §. 88. I. 13. (Wovon der Grund kein anderer ist, als daß der Eigenthümer vor gemachter Anzeige selbst zu verhandeln nicht berechtigt war, und es ist dieser Paragraph keine Ausnahme, wie Grävell glaubt.)

3) „Hat aber Jemand einem Korrespondenten Ordre ertheilt, Versicherungen für ihn zu nehmen, und nachher sich selbst darüber Versicherung ertheilen lassen, so wird auf das Datum der gegebenen Ordre gesehen.“ §. 2006. II. 8. A. L. R. Woraus ebenfalls hervor geht, daß die von dem Prinzipal, nach ertheilter Ordre, selbst genommene Versicherung ungültig ist, ohne Rücksicht auf das Datum der verschiedenen Versicherungen selbst.

Was aber von verschiedenen Auctoren gilt, muß ebenfalls bei Erwerbungen von einem und demselben Auctor gelten, da durch die erste Ertheilung des Rechts, derselbe zu einer zweiten nicht mehr berechtigt war. Denn alsdann kommt er bei der späteren nicht mehr als Eigenthümer, sondern als ein Unberechtigter in Betracht. Deshalb muß auch von mehreren übernommenen Verpflichtungen stets die älteste erfüllt werden, wenn dieselbe nur einmal erfüllt wer-

den kann. §. 20. 22. I. 10. §. 295. I. 16. §. 23. 86. I. 13. §. 2005. II. 8. §. 460. I. 18. §. 17. 19. I. 20. Nicht das Alter des Rechtes aber als solches begründet hier den Vorzug, denn im §. 2006. II. 8. und 88. I. 13. geht das jüngere Recht dem älteren vor; sondern nur in so fern, als das zugestandene ältere Recht die Einräumung des jüngeren unrechtlich macht.

Dasselbe gilt auch bei Kollision dinglicher Rechte. Auch hier müssen diejenigen dinglichen Rechte ausgeschlossen werden, welche entweder von einem ursprünglich Unberechtigten, oder von einem zur Zeit nicht mehr Berechtigten sich herleiten. Deshalb bestimmt der §. 459. I. 18., daß der ältere eventual-Belehnte dem jüngeren vorgehe, und der §. 19. I. 10., daß der zuerst eingetragene Käufer vorzuziehen sei. Dasselbe Resultat ergiebt sich auch aus den §§. 14. 19. I. 20.; auch hier muß derjenige, welcher sein dingliches Recht vom Eigenthümer aus einer Zeit ableitet, wo derselbe hierüber zu verfügen nicht berechtigt war, trotz seines älteren Rechtes, demjenigen nachstehen, der zwar später, aber rechtmäßig sein dingliches Recht erworben hat.

Wie sollte denn auch der später in Besitz Gekommene, wegen seines älteren Titels ein dingliches Recht erlangen, da doch der Eigenthümer, durch die frühere Einräumung des Besitzes an den jüngeren persönlich Berechtigten, aller seiner Rechte sich entäußert hat, und mithin gar keine Dispositions-Befugniß mehr hatte, und jedem dritten Unberechtigten hierdurch gleich gestellt ist. Auch wird unsere Ansicht vollkommen ex argumento e contrario des §. 25. I. 10. gerechtfertigt, nach welchem nur in so fern die früher erhaltene Uebergabe nicht schützen soll, als der Besitzer das ältere persönliche Recht des Andern kannte. Woraus folgt, daß sonst die frühere Uebergabe stets den Vorzug habe. Dasselbe bestätigt auch der §. 6. I. 19.

Alles bisher gesagte muß aber auch dann zur Anwendung kommen, wenn das entgegenstehende Recht das andere nicht ausschließt, sondern nur beschränkt (Konkurrenz der

Rechte). Auch hier muß derjenige, welcher von dem berechtigten Eigenthümer ein das Eigenthum beschränkendes Recht erhalten hat, die Anerkennung desselben von demjenigen verlangen können, welcher redlicher Weise das uneingeschränkte Eigenthum entweder von einem unrechtmäßigen Besitzer, oder zwar von dem wahren Eigenthümer, aber zu einer Zeit erhalten hat, wo dieser das beschränkende Recht bereits konstituirt hat, und es aufzuheben nicht mehr befugt ist. Hat nun z. B. Jemand freies Eigenthum verkauft, und es ergiebt sich später, daß einem Dritten schon vor der Zeit des Kaufes, der Besitz eines Pacht- oder Miethsrecht eingeräumt war, so muß der Käufer dieses Recht anerkennen, wenn auch zur Zeit der Pächter sich nicht im Besitze befindet. Denn es kann nach §. 101. Einleitung weder der Käufer mehr Rechte erwerben, als dem Verkäufer zur Zeit zustehen, noch der Verkäufer nach §. 173. I. 7. §. 19. I. 19. zum Nachtheil des unvollständigen Besitzers, einem Andern Rechte einräumen.

XXXVIII. Von der Verpflichtung des Verkäufers zur Eigenthums-Uebertragung.

Schon aus den vorhergehenden Aufsätzen dürfte es sich sattsam herausgestellt haben, wie wenig das A. L. R. dem gemeinen Rechte gleicht, aus dessen Schooße man es gewöhnlich entsprossen wähnt. Fast überall sahen wir es, seinen Ursprung ableugnend, demselben schroff entgegentreten, und man muß wohl unwillkührlich jede Hoffnung verlieren, in dem gemeinen Rechte eine Interpretations-Quelle für das A. L. R. zu finden. Wir können jedoch nicht umhin, noch am Schlusse ein auffallendes Beispiel zu geben, zu welchen Verirrungen man hingerissen wird, wenn man auf dem R. R. fußend in das A. L. R. sich versteigt. Wir wählen absichtlich hiezu die Lehre des Kaufvertrages, da hier die Redaktoren um so eher an das R. R. sich anschließen konnten,

als dieser Vertrag ein **contractus juris gentium** ist, durchaus nichts Nationelles hat, und weder die Sitten noch die Verfassung der Römer berührt. Es zeigt sich jedoch, daß selbst hier das gerade Gegentheil geschehen ist. Das R. R. bestimmt, der Verkäufer sei nicht verpflichtet Eigenthum zu übertragen, gerade umgekehrt verordnet das A. L. R., der Verkäufer sei allerdings verpflichtet Eigenthum zu übertragen. Wie sind nun aber diese verschiedenen Gesichts-Punkte erklärt und erläutert worden? Für das alte R. R. hat man gesagt, sei der Sinn der, daß der Verkäufer nicht zur **mancipatio**, sondern nur zur **traditio** verpflichtet gewesen, obschon diese nur bonitarisches und kein echtes Eigenthum gegeben. Für das neuere R. R. wo der Unterschied zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthume fortgefallen, fand man die Bedeutung darin, daß der Käufer vom Vertrage nicht zurücktreten kann, wnnn auch die Sache eine fremde wäre, sondern die **eviction** abwarten müsse. Hieraus folgt nun aber indirekt, daß nach A. L. R., wo der Verkäufer zur Eigenthums-Uebertragung verpflichtet sei, ein solcher Rücktritt allerdings statt finde. Nun bestimmt aber das A. L. R. §. 222. I. 11. übereinstimmend mit dem R. R.:

> „Kommen aber Gewährs-Mängel, oder Ansprüche eines Dritten an die Sache, vor erfolgter Bezahlung des Kaufpreises zum Vorschein, so kann der Käufer einen verhältnißmäßigen Theil desselben zurückhalten, und gerichtlich niederlegen."

woraus unzweifelhaft folgt, daß eine Aufhebung des Vertrages auch bei uns nicht zulässig sei. Preußische Juristen haben sich deshalb zu dem Ausspruche bewogen gefühlt, daß das A. L. R. da es in den Folgen vom R. R. nicht abweicht, in der Definition des Kaufes etwas Müßiges oder doch Underständliches gesagt. So hat man denn durch das Verständniß des gemeinen Rechtes das Unverständige des A. L. R. erwiesen. Wir wollen nun einmal hier gegen das gemeine Recht eine Ehrenrettung des A. L. R. versuchen, und hoffentlich nicht vergebens.

Zuvörderst glauben wir, so anmaßend es auch scheinen mag, daß die Romanisten ihr R. R. nicht vollkommen verstanden haben. Wenn der Käufer einer fremden Sache erst die eviction abwarten muß, und den Vertrag nicht aufheben kann, so liegt ganz einfach der Grund darin, weil vor erfolgter eviction gar nicht festgestellt werden kann, daß die Sache eine fremde sei. Erst von dem Zeitpunkte, wo der Richter dem Evinzenten das Eigenthum zuerkennt, wird es zur Gewißheit, daß eine fremde Sache verkauft worden sei.

Der Käufer selbst würde, obschon er noch so sehr bei der Sache interessirt ist, dennoch gar nicht legitimirt sein, die Rechte eines Dritten zu verfechten, und das Eigenthum desselben zu erweisen. Wäre er aber auch hiezu legitimirt, was Zweifelsohne kein praktischer Jurist zugeben wird, so wird dennoch ein solcher Nachweis ihm nicht helfen, da er selbst im Falle der eviction den Vertrag nicht aufheben kann, sondern nur Schadens-Ersatz zu verlangen berechtigt ist. Wäre er zu einer Aufhebung des Vertrages befugt, so würde er nicht verpflichtet sein mit dem Werthe der Sache zur Zeit der Beschädigung sich zu begnügen, wenn der gezahlte Kaufpreis höheren Vertrages gewesen. Der Sinn des R. R. ist daher offenbar ganz ein anderer, und zwar folgender. Im R. R. ist die Eigenthums-Uebertragung kein essentiale des Kauf-Vertrages, und der Vertrag daher auch **nicht** ungültig, wenn auch die Sache eine fremde wäre. Gerade umgekehrt ist es im A. L. R. Hier ist der Verkäufer Eigenthum zu übertragen verpflichtet, und der Vertrag daher auch **ungültig**, wenn die Sache eine fremde wäre.

Hieraus ergeben sich nun folgende höchst wesentliche Unterscheidungen:

1) Im R. R. ist die evictions-Leistung ein bloßer Schadens-Ersatz, und daher wird, wie bei jedem Schaden, blos auf den Werth zur Zeit der Beschädigung d. h. zur Zeit der eviction gesehen. Im A. L. R. dagegen ist der ganze Vertrag ungültig, und daher wird,

als evictions=Leistung das pretium zurückgegeben, ohne Rücksicht auf den Werth der Sache. Dieses pretium wird zwar aus anderen Gründen in der Regel von dem Vindicanten ersetzt, in einzelnen Fällen muß es jedoch von dem auctor selbst geleistet werden. §. 161. I. 11.

2) Im R. R., wo der Vertrag gültig bleibt, muß der Käufer das periculum der Sache tragen, und es findet daher keine Evictionsleistung statt, wenn die Sache vor ergangenem Judikate untergegangen ist. Im A. L. R. dagegen, wo der Vertrag ungültig wird, muß auch nothwendig der Verkäufer das periculum tragen, und das pretium erstatten, wenn nur durch Judikat festgestellt wird, daß die Sache eine fremde gewesen.

3) Im R. R. kann von einer Evictions=Leistung nicht die Rede sein, wenn die Sache nicht durch Judikat, sondern vergleichsweise dem Eigenthümer zurückgegeben worden ist, weil ein Schaden juristisch nicht vorhanden ist, wenn man mit Bewilligung denselben erlitten. Im A. L. R. dagegen, wo der Vertrag ungültig wird, kann man auch in diesem Falle Evictions=Leistung verlangen, wenn sich nur erweisen läßt, daß die Sache eine fremde gewesen. §. 147. I. 11.

Hieraus dürfte nun wohl zu ersehen sein, daß wohl die Gegensätze des R. R., wie die eines jeden anderen Rechtes, zur bessern Verständniß des A. L. R. beitragen. Daß es dagegen ein grober Irrthum ist, die Vorschriften unserer Gesetzgebung mit denen des R. R. für übereinstimmend zu erklären.

Berlin, gedruckt bei Ferdinand Rietack.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schröter, L.

Civilistische Versuche im Gebiete des Preussischen Rechtes

Bd.: 1,1. (1837)

Berlin 1837

J.germ. 181 bo-1,1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10552652-5